



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE CAMPOBASSO

DIPARTIMENTO GIURIDICO

CORSO DI DOTTORATO IN Diritto dell'economia

Ciclo XXVII

S.S.D. IUS/04

LA LEGITTIMAZIONE ALL'IMPUGNATIVA DELLE DELIBERE NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

TUTOR E COORDINATORE

CHIAR.MO PROF.

Gianmaria Palmieri

CANDIDATA

Dott.ssa Deborah Ceccoli

Matr. 146104

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

INDICE

CAPITOLO PRIMO

L'IMPUGNATIVA DELLE DELIBERE NEL DIRITTO SOCIETARIO

1. L'evoluzione storica della disciplina. Dal Codice di Commercio alle norme del Codice Civile del 1942. 7
2. Dal 1942 al d.lgs. n. 5 del 2003: sessant'anni di giurisprudenza e i progetti di riforma del diritto delle società. 16
3. Le linee ispiratrici della riforma del 2003: i criteri direttivi della legge delega e il principio di stabilità. 26
4. Delimitazione del percorso d'indagine. 30

CAPITOLO SECONDO

L'INTERESSE TUTELATO ATTRAVERSO L'IMPUGNATIVA DI DELIBERE SOCIETARIE

1. La delibera come valore organizzativo societario. 32
2. La distanza del sistema delle invalidità delle delibere societarie dal sistema delle invalidità contrattuali. 34
3. Individuazione dell'interesse tutelato nelle impugnative societarie: l'impugnativa del socio. 37
- 3.1 (*Segue*). La possibile assimilazione della posizione del socio nei confronti delle delibere invalide all'interesse legittimo. Criticità. 43

3.2 L'impugnativa degli organi sociali di amministrazione e di controllo.	49
3.3 L'impugnativa del terzo. (<i>Rinvio</i>).	57
4. Autonomia delle categorie d'invalidità delle delibere societarie e specialità della legittimazione all'impugnativa.	58

CAPITOLO TERZO

I SOGGETTI LEGITTIMATI ALL'IMPUGNATIVA

SEZIONE I

I Soci

1. I presupposti della legittimazione dei soci all'impugnativa delle delibere assembleari: la qualità di socio assente, dissenziente o astenuto.	67
1.1 (<i>Segue</i>). L'interesse ad agire per l'annullamento della delibera assembleare.	72
1.2 Il possesso azionario minimo.	77
1.2.1 Il problema della sua presunta incostituzionalità.	86
1.2.2 Il limite del possesso azionario per l'impugnativa della deliberazione di approvazione del bilancio.	89
1.2.3 La sua controversa applicabilità alle impugnazioni di delibere assembleari delle società cooperative.	93
1.2.4 La sussistenza della qualità di socio possessore della quota minima al momento dell'impugnazione.	99

1.3. La qualità di socio possessore di azioni con diritto di voto.	107
1.3.1 La legittimazione ad impugnare in presenza di vincoli sulle azioni.	111
1.3.2 (<i>Segue</i>). Ed in presenza di azioni in comproprietà.	114
2. La legittimazione ad impugnare le delibere consiliari.	115
2.1 La compatibilità con gli articoli 2377 e 2378 cod. civ.	123
2.2 La legittimazione ad impugnare le decisioni degli amministratori di s.r.l.	126

SEZIONE II

Gli organi sociali di amministrazione e di controllo e le autorità di vigilanza

3. La legittimazione degli organi sociali di amministrazione e di controllo all'impugnativa delle delibere assembleari.	131
3.1 La lacuna della previsione rispetto ai modelli dualistico e monistico.	133
3.2 L'azione di impugnativa: obbligo o potere discrezionale?	135
4. La legittimazione degli organi sociali di amministrazione e di controllo all'impugnativa delle delibere consiliari.	138
5. I poteri di impugnativa delle autorità di vigilanza: le fattispecie.	142
5.1 Gli interessi tutelati.	147
5.2 Presupposti e limiti dell'impugnativa: carattere doveroso o esercizio discrezionale dell'azione.	149

5.3 Confronto con l'impugnativa esperibile dai legittimati <i>ex art.</i> 2377 cod. civ.	151
--	-----

SEZIONE III

Chiunque vi abbia interesse

6. L'interesse in funzione legittimante all'impugnativa.	154
6.1 L'identificazione dell'interesse <i>ex art.</i> 2379 cod. civ. in rapporto all'interesse ad agire.	156
7. La posizione dei soggetti legittimati all'impugnativa delle deliberazioni annullabili.	159
8. La disciplina speciale contenuta nell'art. 2434 <i>bis</i> secondo comma cod. civ. e nell'art. 157 t.u.f.	161
8.1 L'interesse ad impugnare le delibere di approvazione del bilancio.	163
9. La non applicabilità dell'art. 2379 cod. civ. all'impugnativa delle delibere consiliari viziate.	164

SEZIONE IV

La rilevabilità d'ufficio

10. Il rilievo d'ufficio della nullità da parte del giudice.	167
<i>Riflessioni conclusive.</i>	171

INDICE DELLE OPERE CITATE	175
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	193
INDICE DEI DOCUMENTI	203

CAPITOLO PRIMO

L'IMPUGNATIVA DELLE DELIBERE NEL DIRITTO SOCIETARIO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione storica della disciplina. Dal Codice di Commercio alle norme del Codice Civile del 1942. – 2. Dal 1942 al d.lgs. n. 5 del 2003: sessant'anni di giurisprudenza e i progetti di riforma del diritto delle società. – 3. Le linee ispiratrici della riforma del 2003: i criteri direttivi della legge delega e il principio di stabilità. – 4. Delimitazione del percorso d'indagine.

1. L'evoluzione storica della disciplina. Dal Codice di Commercio alle norme del Codice Civile del 1942.

L'impugnazione delle delibere societarie trova spazio per la prima volta nel nostro ordinamento con il Codice di commercio del 1882, attraverso il quale si fornisce una seppur lacunosa risposta al silenzio del Codice di commercio del 1865, che nessuna disposizione conteneva al riguardo.

Siffatto silenzio da parte del legislatore è agevolmente spiegabile se si considera il regime autorizzatorio e vincolistico (già proprio del Codice di Commercio sardo del 1842), adottato per regolamentare il mondo delle società anonime, in virtù del quale le posizioni dei soci che fossero state lese da una deliberazione dell'assemblea presa in contrasto con le disposizioni dell'atto costitutivo erano ritenute tutelate dalla presenza di un forte e penetrante controllo governativo.

L'inefficacia di tale controllo si palesò tuttavia ben presto alla dottrina e soprattutto alla giurisprudenza, la quale cominciò ad elaborare un sistema di

invalidità ed una conseguente azione di impugnativa delle manifestazioni di volontà dell'organo assembleare.

In presenza di un codice rimasto muto su questi argomenti la strada che gli interpreti dovettero percorrere fu quella dei principi generali in materia di negozi giuridici, nonché del ricorso a quelle poche norme del Codice di Commercio del 1865 che prevedevano una sanzione per la violazione di determinate formalità del procedimento assembleare.

In tal senso, di particolare importanza si rivelò l'articolo 149 secondo il quale «le deliberazioni prese dall'assemblea generale entro i limiti dello statuto sociale, sono obbligatorie per tutti gli azionisti anche non intervenuti».

Attraverso un'interpretazione *a contrario* di quest'ultima norma, si perveniva infatti all'assunto per il quale le delibere contrarie allo statuto non erano obbligatorie per alcuno degli azionisti che avrebbero potuto, pertanto, impugnarle al fine di ottenere la relativa dichiarazione di inefficacia¹.

Appare evidente come il ricorso al disposto dell'articolo 149 potesse giustificare soltanto un'azione di annullamento per deliberazioni contrarie allo statuto, ipotesi tuttavia particolarmente frequente in considerazione del fatto che di fronte ad un codice lacunoso essi costituivano la legge fondamentale delle società.

Per giustificare la sussistenza di un'azione di impugnativa per atti contrari a norme di legge, la giurisprudenza si trovò pertanto costretta a ricorrere ai principi generali del diritto².

¹ In argomento si veda App. Roma, 21 gennaio 1874, *Legge*, 1874, I, 375 secondo cui “non doveva essere impermesso a ciascun azionista di attaccare gli atti degli amministratori e della società e ricorrere all'autorità giudiziaria. Non vi sarebbe infatti più alcuna sicurezza per gli azionisti, se incatenati da deliberazioni, che feriscono sia la convenzione, sia la legge, fossero i medesimi privati del diritto di ricorrere giudizialmente, e segnalare all'autorità giudiziaria le illegalità che possono pregiudicarli”.

Si richiama all'articolo 149 anche Cass. Torino, 28 giugno 1876, *Ann. Giur. It.*, 1876, I, 591 per cui “se le deliberazioni dell'assemblea degli azionisti vincolano eziandio quelli fra loro che non siano intervenuti, ciò tuttavia non si verifica che entro i limiti dello statuto, come è spiegato dall'articolo 149 del Codice di Commercio: di tal che, qualora gli amministratori abbiano violato il patto sociale, sotto l'egida del quale i singoli soci vennero all'acquisto delle azioni, e la cui esatta osservanza forma per tutti la ragion giuridica dell'esistenza della società, ogni azionista si trova nel proprio diritto di chiedere giudizialmente che il patto sociale sia tenuto fermo ed illeso”.

² Così App. Roma, 21 gennaio 1874, *cit.*, 375; Trib. Roma, 25 giugno 1878, *Foro it.*, 1878, I, 638.

L'elaborazione giurisprudenziale della materia trovò il suo culmine nella sentenza della Cassazione torinese del 15 settembre 1880, nella quale compare per la prima volta la distinzione tra delibere annullabili (*“prese nei limiti dello statuto e sopra oggetto di esclusiva competenza dell'assemblea”*) per le quali è necessario l'esercizio di un'azione di annullamento e delibere nulle (*“escono dai limiti dello statuto”*) che in quanto inefficaci non necessitano di essere oggetto di impugnazione³.

Il progressivo affermarsi della società anonima e la tendenza della giurisprudenza delle cinque Cassazioni a tutelare i diritti individuali dei soci in maniera assoluta, anche a costo di paralizzare la vita imprenditoriale della società, rendevano tuttavia palese la necessità di un intervento legislativo in materia.

Le spinte liberali e riformatrici che caratterizzarono la seconda metà dell'800, con il superamento del relativo regime vincolistico, postulavano l'esigenza di realizzare un sistema che consentisse alle società di agire con libertà nell'esercizio delle proprie funzioni pur garantendo la realizzazione e il rispetto dei diversi interessi comunque coinvolti⁴.

Nell'ottica di un processo di rafforzamento degli strumenti di tutela delle posizioni giuridiche dei singoli soci il nuovo Codice di commercio del Regno d'Italia, entrato in vigore con r.d. del 31 ottobre 1882 n. 1062, introdusse all'articolo 163 la possibilità per i soci di fare opposizione contro le deliberazioni manifestamente contrarie alla legge o allo statuto⁵.

³ In *Mon. Trib.*, 1880, 1042.

⁴ In argomento VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, II, Milano, 1894, 236 ss., il quale afferma che il giusto mezzo non si deve ricercare nella prevalenza di un interesse sull'altro ma nella prevalenza sopra tutti dell'interesse della giustizia.

⁵ Articolo 163 cod. comm. 1882: «Le deliberazioni prese dall'assemblea generale entro i limiti dell'atto costitutivo, allo statuto od alla legge, sono obbligatorie per tutti i soci, ancorchè non intervenuti o dissenzienti, salve le disposizioni dell'articolo 158. Alle deliberazioni manifestamente contrarie all'atto costitutivo, allo statuto od alla legge, può essere fatta opposizione da ogni socio, e il presidente del tribunale di commercio, sentiti gli amministratori ed i sindaci, può sospendere l'esecuzione mediante provvedimento da notificarsi agli amministratori».

Il capoverso dell'articolo 163 fu introdotto nel progetto di riforma della disciplina delle società presentato al Senato nel 1874, il cui articolo 103 espressamente introduceva questa azione di opposizione, su cui v. *Lavori preparatori del Codice di commercio del Regno d'Italia*, vol. I, parte I, Roma, 1883, 249 ss. Il Ministro Vigliani, che presentò il progetto, così lo giustificava *“Abbiamo voluto espressamente riservare i diritti spettanti ai soci ed ai terzi contro gli effetti delle più rilevanti*

Il fondamento di tale impugnativa veniva dagli interpreti ricondotto alla tutela di un interesse sociale all'osservanza delle norme fondamentali della società e della legge.

In particolare, si riteneva che il diritto del socio a cooperare alla formazione della volontà sociale portasse con sé il diritto a far sì che tale volontà si formasse legalmente e a far valere con l'arma dell'impugnazione l'annullamento, nell'interesse della società, della deliberazione invalida⁶.

La disposizione contenuta nell'articolo 163 risultò tuttavia piuttosto rudimentale e costrinse la dottrina e la giurisprudenza a ricostruire autonomamente il sistema e a tracciare i lineamenti delle forme di invalidità delle deliberazioni e della connessa azione di impugnazione.

Particolari problemi derivavano dall'ambigua formulazione del secondo comma, che nel disciplinare il solo procedimento di sospensione aveva ingenerato equivoci circa il rapporto intercorrente tra azione di annullamento ed istanza di sospensione⁷, nonché dall'utilizzo dell'avverbio "manifestatamente", che sembrava

deliberazioni affinché la nuova legge possa prevenire molti inconvenienti che non sono senza deplorabili esempi".

Ancora più esplicita è la Relazione del Ministro Mancini: "sono suggerite dalla ragione e dalla prudenza prima di essere sanzionate dalla forma legislativa le norme che dichiarano efficaci pei soci le deliberazioni conformi alla legge e alle convenzioni sociali, e come possano impugnarsi anche dai singoli soci le deliberazioni manifestatamente contrarie alla legge e al contratto" e così pure la Relazione Mancini e Pasquali alla Camera dei deputati: "è attribuita però, a rinforzo dell'azione collettiva data all'assemblea generale contro gli amministratori ed i sindaci, un'azione giudiziaria individuale anche ai singoli soci allorché si tratti di deliberazioni dell'assemblea generale manifestatamente contrarie all'atto costitutivo, allo statuto e alla legge", in *Lavori preparatori del Codice di commercio del Regno d'Italia*, vol. II, parte I, Roma, 1883, 185.

Sull'iter di elaborazione del Codice di commercio del 1882 v. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, 157 ss.

⁶ In tal senso v. SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, I, Torino, 1934, 605; SCIALOJA, "L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime", in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1903, 211, secondo cui l'azione di opposizione non è diretta a proteggere l'interesse di una minoranza né quello del singolo socio che agisce, ma l'interesse generale dell'osservanza delle norme fondamentali della società, nonché MOSSA, "L'inefficacia della deliberazione dell'assemblea nelle società per azioni", in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1915, 451, secondo cui l'opposizione fornisce al socio una difesa contro l'agire della maggioranza, che prima del codice vigente la giurisprudenza accordava sulla base dei principi generali di diritto, difesa che deve costituire verosimilmente la più efficace sanzione per le violazioni della legge sulle società.

⁷ Vi era stato infatti chi sosteneva che il procedimento di sospensione fosse autonomamente attivabile senza necessità di alcun nesso con la vera e propria azione di impugnazione, così DIANA, "Le misure conservative interinali", in *Studi senesi*, XXVI, Torino, 1909, 209 ss.

voler limitare il diritto di impugnativa ai soli casi di grossolane violazioni della legalità sociale.

L'ingiustizia di una simile restrizione e l'apertura che essa offriva verso la garanzia di non perseguibilità per quelle deliberazioni camuffate con il manto della legalità⁸ rendeva comune negli interpreti il tentativo di ricondurre tale avverbio al procedimento diretto alla sospensione della delibera e non all'impugnazione della stessa⁹.

La strada tracciata dalla dottrina non fu però mai seguita dalla giurisprudenza, la quale ha costantemente ritenuto che con tale avverbio si fosse inteso limitare il diritto di impugnativa alle ipotesi in cui il contrasto della delibera con le norme emergesse *primo ictu oculi*, senza bisogno di complessi mezzi di prova¹⁰.

Non indifferenti inconvenienti pratici sollevava inoltre l'assenza di un termine breve, diverso da quello quinquennale di prescrizione, per l'esperimento

La giurisprudenza e dottrina maggioritarie si erano espresse nel senso dell'incidentalità della sospensione, ritenendola la soluzione più ragionevole sotto il piano pratico, e in argomento si vedano SOPRANO, *op. cit.*, 606 ss., che evidenzia l'illogicità dell'art. 163 laddove esso, dopo aver stabilito l'azionabilità della impugnativa, non l'avesse regolata nel capoverso successivo, occupandosi piuttosto di un provvedimento di sospensione della delibera emanabile anche in assenza di un'istanza del socio in proposito; ASCARELLI, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 1937, 123; ANDRIOLI, Nota a App. Roma, 12 dicembre 1933, *Foro it.*, 1934, I, 537.

⁸ In tal senso SOPRANO, *op. cit.*, 606. Alle stesse conclusioni giungono Cass. Roma, 21 luglio 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 865; Cass. Roma, 19 gennaio 1922, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, 219, nonché App. Milano, 22 giugno 1929, *Riv. Dir. Comm.*, 1926, II, 155.

⁹ Così SOPRANO, *op. cit.*, 608, secondo cui il capoverso dell'articolo 163 non ha che un valore processuale dal momento che fissa le condizioni di esercizio dell'istanza di sospensione (manifesta illegalità della deliberazione e pendenza dell'impugnativa) e ASCARELLI, "Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni", in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 738, che considera il limite della manifesta illegalità perfettamente naturale allorché si tratti di sospendere l'esecuzione di una delibera ed invece illogico quando si tratti di impugnare una deliberazione illegale poiché esso equivarrebbe a sancire l'irrilevanza giuridica della illegalità non manifesta, *Id.* "L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria", in *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, 357. Ritene che "*quell'avverbio è un evidente pleonismo e non può avere una funzione importante nemmeno se viene riferito al solo procedimento per la sospensione*", SCIALOJA, "L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime", *op. cit.*, 204.

Contra VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1923, 255, evidenziando che se l'azionista potesse fare opposizione a quelle delibere che non offendono manifestamente la legge egli si sovrapporrebbe alla maggioranza che non si credette ingannata usurpandone le relative funzioni.

¹⁰ Cass. Roma, 19 gennaio 1922, in *Giur. it.*, I, 1922, 178 ss.; Cass. Torino, 27 gennaio 1923, in *Giur. It.*, 1923, I, 440 ss.; Cass. Regno, 10 gennaio 1929, *Foro it.*, 1929, I, 569; Cass. 10 luglio 1929, in *Giur. It.*, 1929, I, 1182; Cass. 31 gennaio 1935, in *Giur.it.*, 1935, 891; App. Torino, 21 gennaio 1914, in *Foro it.*, 1914, I, 702 ss.

dell'azione, in virtù della quale la società rischiava di rimanere esposta per lungo tempo sotto la scure della caducazione con effetti retroattivi di delibere spesso fondamentali per la vita societaria¹¹.

Con riferimento alla legittimazione attiva all'impugnazione le incertezze riguardavano poi l'ammissibilità di un'azione proposta dal socio che avesse votato a favore della delibera impugnata¹² nonché la possibilità di riconoscere siffatta legittimazione non solo in capo ai soci ma anche agli organi sociali¹³.

La formulazione ambigua e generica dell'art. 163 indusse ben presto la maggior parte della dottrina che si occupò del tema a ritenere che essa non potesse aver esaurito tutti i casi di invalidità.

Si cominciava così a distinguere tra l'annullabilità, causata da un vizio che vulnera la delibera nella sua forma o nel suo contenuto, soggetta all'impugnazione *ex art. 163* e sanabile attraverso la ratifica dell'organo assembleare o il decorso del termine quinquennale di prescrizione, e la nullità, rilevabile in ogni tempo da chiunque vi abbia interesse e che non può essere ratificata né sanata nel corso del tempo.

In altri termini, una volta qualificate le deliberazioni come negozi giuridici, in quanto considerate come dichiarazioni di volontà unilaterali, gli interpreti provvedevano all'applicazione delle categorie di invalidità negoziale.

¹¹ Ciò rendeva frequente l'introduzione negli atti costitutivi di brevi termini per l'azione di opposizione alle deliberazioni invalide. La giurisprudenza si era inizialmente espressa in senso favorevole alla validità di tali clausole, nelle quali ravvisava l'introduzione di termini di decadenza (così Cass. Torino, 8 luglio 1913, in *Foro it.*, 1913, I, 1464) ma aveva in seguito mutato orientamento ritenendole nulle, considerando la prescrizione un istituto di ordine pubblico e l'abbreviazione di questa la disposizione sia pure parziale di un diritto indisponibile (v. App. Roma, 8 febbraio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, 563; Trib. Roma, 28 aprile 1933, in *Foro it.*, 1933, I, 1365; Trib. Roma, 15 ottobre 1934, in *Foro it.*, 1934, I, 1909).

¹² Escludevano la legittimazione all'esercizio dell'azione da parte del socio consenziente, Cass. Torino, 4 aprile 1888, in *Giur. It.*, 1888, 466; Cass. Roma, 20 aprile 1896, in *Foro it.*, 1896, I, 653; Cass. Roma, 28 marzo 1903, in *Riv. Dir. comm.*, 1903, II, 193; App. Roma, 14 giugno 1895, in *Temi rom.*, 1896, 33; App. Roma, 14 dicembre 1895, in *Temi gen.*, 1896, 381; App. Perugia, 28 dicembre 1896, in *Foro it.*, 1897, I, 245.

Seguiva l'indirizzo della giurisprudenza VIDARI, *op. cit.*

I sostenitori dell'opposta opinione si appigliavano alle parole della legge che non fa distinzioni e allo scopo dell'azione che non è quello di invalidare i singoli voti degli assenzienti, così VIGHI, *I diritti individuali degli azionisti*, Parma, 1902, 104; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, *op. cit.*, 514.

¹³ Ritiene gli organi sociali legittimati all'impugnativa, SOPRANO, *op. cit.*, 605.

Venivano quindi considerate come nulle le delibere che violavano disposizioni statutarie o norme di legge inderogabili riguardanti la forma o l'oggetto, e annullabili quelle poste in contrasto con norme di legge di carattere dispositivo o adottate da soggetti incapaci o che hanno prestato un consenso viziato¹⁴.

In tal senso si giungeva a sostenere l'assenza di necessità di distinguere tra l'impugnativa derivante dal diritto comune e l'opposizione di cui all'art. 163 cod. comm., ritenendosi il diritto di impugnativa unico e derivante dai principi sull'invalidità dei negozi¹⁵.

Le ragioni dell'esigenza avvertita dalla dottrina del tempo di ricercare i presupposti dell'azione di impugnazione nel diritto comune possono ricondursi alla presenza dell'avverbio manifestatamente, il quale induceva a ritenere incongruo un sistema in cui delibere illegittime, ma non manifestatamente contrarie alla legge ed all'atto costitutivo, fossero sottratte alla sanzione dell'annullamento.

Altra parte della dottrina sembrava invece orientata ad un recupero del dettato dell'art. 163 cod. comm. Essa perveniva infatti ad una ricostruzione del sistema volta a distinguere le diverse forme d'invalidità delle delibere assembleari sulla base della natura dell'interesse protetto dalla norma violata¹⁶.

In tal senso, venivano considerate nulle le delibere contrastanti con norme d'ordine pubblico che sfuggono alla disposizione dei soci, ed impugnabili *ex art.* 163 cod. comm. quelle che urtano contro disposizioni poste nell'interesse esclusivo dei soci, che la maggioranza non può violare ma a cui il socio può rinunciare¹⁷.

Si riteneva infatti che l'azione di cui all'art. 163 fosse stata introdotta non per la tutela di interessi generali bensì a difesa dell'ordinamento giuridico della società,

¹⁴ SCIALOJA, "L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime", *op. cit.*, 202 ss.; MOSSA, *op. cit.*, 441 ss.; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, op. cit.*, 253 ss.; *Id.*, "L'art. 163 del codice di commercio e l'azione di annullamento data ai soci contro le deliberazioni illegali della maggioranza", in *Foro it.*, 1896, I, 653 ss.

¹⁵ Così SOPRANO, *op. cit.*, 607.

¹⁶ MOSSA, *op. cit.*, 441 ss.; ASCARELLI, "Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni", *op. cit.*, 735 ss.; *Id.*, *Istituzioni di diritto commerciale, op. cit.*, 122 ss.

¹⁷ Così ASCARELLI, "L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria", *op. cit.*, 359 ss., per cui il criterio discrezionale consiste quindi nella disponibilità da parte dei soci della tutela per essi apprestata dall'ordinamento.

poiché l'esercizio dell'iniziativa giudiziale è rimesso alla loro volontà ed essi possono decidere di attivarsi o meno lasciando decorrere il termine di prescrizione.

Considerazioni analoghe sono rinvenibili nelle pronunce giurisprudenziali, ove accanto a vizi che fondano l'azione di opposizione di cui all'art. 163, attribuita esclusivamente ai soci, vi sono ipotesi di violazioni di legge più gravi, quali il contrasto della delibera con norme inderogabili o di ordine pubblico, le quali comportano la nullità assoluta o l'inesistenza della deliberazione e legittimano l'impugnativa di chiunque vi abbia interesse¹⁸.

È possibile rilevare come, nonostante l'introduzione di una specifica disposizione al fine di regolare interamente il fenomeno dell'invalidità delle delibere societarie, gli interpreti, di fronte alle difficoltà derivanti dalla sua formulazione e nel tentativo di ricostruzione del sistema, abbiano quindi preferito rifugiarsi nelle norme disciplinanti il negozio giuridico così trascurando le peculiarità del fenomeno societario.

In questo contesto, si facevano però sempre più pressanti le richieste provenienti dalla pratica, dalla giurisprudenza e dalla dottrina di una regolamentazione più completa del fenomeno delle impugnative societarie.

Nel volgere lo sguardo al modello tedesco, che già alla fine del XIX secolo aveva provveduto a dotarsi di una regolamentazione in materia, parve allora necessario un intervento legislativo.

Sin dal 1905 venne istituita una commissione presso il Ministero di Grazia e Giustizia per la revisione del codice di commercio, rispetto al cui art. 163 si propose l'aggiunta di un capoverso con cui si fissava un breve termine di decadenza per l'esercizio dell'azione al fine di una maggiore certezza e di evitare di esporre a pericolo delibere fondamentali per la vita sociale e veniva concessa esplicitamente

¹⁸ Cass. Regno, 27 maggio 1930, in *Foro it.*, 1930, 738; App. Brescia, 22 giugno 1933, in *Corti reg.*, 1934, 107; App. Milano, 23 giugno 1936, in *Foro it.*, 1937, 138; App. Bologna, 1 aprile 1937, in *Temi emil.*, 1937, 214.

l'impugnativa anche agli amministratori e ai sindaci, come corollario della loro responsabilità¹⁹.

Inoltre, per la sola ipotesi di impugnative aventi ad oggetto la regolarità dei bilanci, degli ammortamenti e delle riserve, l'azione avrebbe dovuto essere riservata ai soli soci in possesso di azioni pari al venti per cento del capitale sociale.

Tale formulazione rimase sostanzialmente immutata anche nel cosiddetto progetto D'Amelio, redatto in seguito ad una legge delega del 1923 che autorizzava il governo ad emanare un nuovo codice di commercio²⁰.

La sistemazione definitiva della materia dell'impugnazione delle delibere assembleari giunse però solo con l'approvazione del Codice civile del 1942.

Il testo definitivo di quest'ultimo, negli articoli 2377 e seguenti delineava il sistema nel modo seguente: ogni violazione della legge, dell'atto costitutivo e dello statuto comportava l'annullabilità della deliberazione, che poteva essere fatta valere, entro il termine di decadenza di tre mesi a pena di sanatoria dell'atto, dagli amministratori, dai sindaci, dai soci assenti o dissenzienti, e quelle dell'assemblea ordinaria altresì dai soci con diritto di voto limitato.

In caso di impossibilità ed illiceità dell'oggetto, la sanzione prevista era invece la nullità, per la quale, essendo richiamati dall'art. 2379 cod. civ. gli articoli 1421, 1422 e 1423 cod. civ., erano al contrario previste imprescrittibilità, legittimazione estesa a chiunque vi abbia interesse ed inconfigurabilità di qualsiasi

¹⁹ “Alle deliberazioni che furono prese contrariamente alla legge, all'atto costitutivo ed allo statuto può essere fatta opposizione da ogni socio, dagli amministratori e dai sindaci e il presidente. L'azione deve essere esercitata entro due mesi dalla deliberazione e se questa deve essere pubblicata, entro un mese dalla pubblicazione, se l'azionista contesta la regolarità dei bilanci, degli ammortamenti e delle riserve, l'azione giudiziaria non può esercitarsi se l'attore o gli attori non dispongano di tante azioni quante sono necessarie per raggiungere il 20 per cento del capitale sociale”, MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Commissione ministeriale per la revisione del codice di commercio, Verbalì della sottocommissione per lo studio della legislazione delle società commerciali (1905 – 1906)*, Roma, 1908, 75 ss.

Analoga formulazione, con una più precisa regolamentazione del procedimento di sospensione, fu predisposta da una successiva commissione presieduta dal Prof. Vivante, cfr. COMMISSIONE MINISTERIALE PER LA RIFORMA DELLA LEGISLAZIONE COMMERCIALE PRESIEDUTA DAL PROF. CESARE VIVANTE, *Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio*, Milano, 1922.

²⁰ COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI, sottocommissione B, *Progetto per il Codice di Commercio*, Roma, 1925, I, 83 ss., art. 215.

forma di sanatoria o convalida, analogamente a quanto disposto in materia contrattuale.

2. Dal 1942 al d.lgs. n. 5 del 2003: sessant'anni di giurisprudenza e i progetti di riforma del diritto delle società.

La disciplina dettata dal codice civile del 1942 in materia di impugnazione di delibere societarie ha determinato l'insorgere di una serie di interrogativi cui la dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di dare, nel corso degli anni, risposta.

Un primo gruppo di questioni riguardava i soggetti ai quali la legge attribuiva la legittimazione ad impugnare le deliberazioni dell'assemblea.

In assenza di altre e più specifiche previsioni del legislatore il regime d'impugnabilità delle deliberazioni affette da nullità poteva essere cercato solo nelle norme generali in tema d'invalidità degli atti negoziali e, segnatamente, nel disposto dell'art. 1421 cod. civ. che abilita all'impugnazione chiunque vi abbia interesse e consente al giudice di rilevare la nullità anche d'ufficio.

L'area dei soggetti legittimati si estendeva quindi potenzialmente, per le delibere affette da radicale nullità, oltre i limiti della compagine sociale, evidenziando la necessità di chiarire quale fosse l'interesse necessario e sufficiente ai fini della legittimazione ad impugnare.

Sul punto la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che l'azione di nullità delle deliberazioni assembleari di una società, pur essendo svincolata dai presupposti e dalle condizioni temporali e di legittimazione stabilite dall'art. 2377 cod. civ. per l'azione di annullamento, postula un interesse concreto e attuale dell'istante, cioè la sua esigenza di rimuovere una situazione pregiudizievole su determinate posizioni giuridiche²¹.

²¹ Così Cass., 8 giugno 1988, n. 3881, in *Giur. It.*, 1990, I, 1, 1626; Cass., 13 aprile 1989, n. 1788, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1110, ove si afferma che l'azione di nullità non può essere promossa nemmeno dal socio, sulla sola base della qualità di socio dell'attore e della denuncia di irregolarità, occorrendo la specifica deduzione e dimostrazione della loro incidenza negativa nella sfera del socio stesso; Cass., 4 aprile 1990, n. 2794, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 834; App. Milano, 27 settembre 1983, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 1273; Trib. Casale Monferrato, 19 luglio 1991, in *Società*, 1992, 91.

Per le deliberazioni che, senza ricadere nella più grave previsione dell'art. 2379 cod. civ., fossero sospettate di contrarietà ad una qualche disposizione di legge o dell'atto costitutivo, la legittimazione ad impugnare era invece espressamente limitata ai soli soci assenti o dissenzienti, agli amministratori ed ai sindaci della società, a norma della disposizione di cui all'art. 2377 cod. civ., la quale ha tuttavia posto più di un problema.

Una prima questione è stata quella di stabilire se l'impugnativa potesse essere proposta solo da chi era socio al tempo in cui la delibera fu presa ovvero anche da chi lo era diventato successivamente²².

Nel vigore dell'abrogato codice di commercio la generalissima formula di cui all'art. 163 consentiva di risolvere la questione nel senso che anche al nuovo socio spettasse il potere di impugnare delibere adottate quando egli era ancora estraneo alla società²³.

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice, parte della dottrina ha invece mutato orientamento sul punto, facendo leva soprattutto sulla lettera dell'art. 2377 cod. civ., che indicando solo i soci assenti o dissenzienti come titolari del diritto di impugnativa, pareva far riferimento a coloro che erano soci al tempo in cui la deliberazione fu presa²⁴.

Con riguardo all'individuazione di tale interesse per l'impugnazione di delibere di approvazione del bilancio, Cass., 27 febbraio 1985, n.1699, in *Foro it.*, 1985, I, 2661; Cass., 14 marzo 1992, n. 3132, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 3070; Trib. Milano, 5 maggio 1980, in *Giur. Comm.*, 1980, II, 938; Trib. Milano, 13 gennaio 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 1068.

²² Era invece esclusa dalla stessa formulazione dell'art. 2377 cod. civ. la legittimazione dell'ex socio, considerato il necessario deposito di almeno un'azione in cancelleria per dimostrare la qualità di socio dell'attore impugnante.

²³ Così VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, op. cit., 256; SCIALOJA, "L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime", op. cit., 1911. Dissenziente era solo una parte della giurisprudenza per la considerazione che i soci entrando nella società in epoca posteriore, con il solo fatto del loro volontario ingresso accetterebbero lo stato di diritto in cui essa si trova, Cass. Roma, 28 marzo 1903, in *Riv. Dir. Comm.*, 1903, II, 193; App. Milano, 8 marzo 1911, in *Foro it.*, 1911, 698.

²⁴ In tal senso VASELLI, *Deliberazioni nulle e annullabili*, Padova, 1947, 53 ss.; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1952, 24; RORDORF, "Impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari", in *Società*, 1992, 1203, il quale riteneva difficilmente contestabile che la norma avesse inteso stabilire uno stretto collegamento tra la legittimazione al voto in assemblea e la legittimazione ad impugnare la deliberazione ivi assunta; GRIPPO, "L'assemblea nella società per azioni", in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 16, Torino, 1985, 421.

Ammettono invece l'impugnativa del nuovo socio CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Torino, 1942, 159; TRIMARCHI, "Titolarità del diritto di

Un ulteriore problema, variamente risolto dagli interpreti, riguardava poi la legittimazione ad impugnare del socio che si fosse astenuto dal voto.

Nel tentativo di sostenere siffatta legittimazione si cercava di ricondurre la loro posizione a quella dei soci assenti o a quella dei dissenzienti, o più in generale di evidenziare che il divieto d'impugnazione non potesse applicarsi ogni volta che il socio si fosse astenuto dal voto, data la possibilità che in concreto l'astensione non fosse segno di mancanza di interesse all'impugnazione, bensì di protesta per qualche irregolarità o di una insufficiente informazione che impedisca di farsi un'idea in base alla quale votare²⁵.

Ulteriori questioni in materia di legittimazione del socio emergevano poi con riguardo all'ipotesi in cui le azioni fossero state oggetto di pegno o usufrutto.

Ed infatti, sebbene la formulazione della norma non circoscrivesse espressamente la legittimazione ai soli soci dotati del diritto di voto, si riteneva che, poiché il potere d'impugnazione veniva riconosciuto allo scopo di tutelare l'interesse a che venisse presa una delibera piuttosto che un'altra, l'attribuzione ad un soggetto del diritto di voto comportava per il medesimo il diritto di impugnare la deliberazione²⁶.

impugnare le deliberazioni annullabili", in *Riv. Soc.*, 1957, 68 ss., il quale ritiene che il potere di impugnare le deliberazioni annullabili sia giustificato dall'interesse al buon andamento della società, del quale ciascuno diviene portatore al momento stesso e per il fatto solo che acquista la qualità di socio.

²⁵ Sostengono che il socio astenuto possa impugnare CANDIAN, *op. cit.*, 129; TRIMARCHI, "Titolarità del diritto di impugnare le deliberazioni annullabili", *op. cit.*, 79 ss.; SCIALOJA, "L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime", *op. cit.*, 81; RORDORF, "Impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari", *op. cit.*, 1203; *Id.*, Impugnativa del bilancio da parte del socio astenuto", in *Società*, 1991, 10, 1384 ss., *Contra* DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale – Imprenditori e società*, Milano, 1954, 228.

In giurisprudenza in senso negativo Trib. Milano, 29 marzo 1951, in *Foro it.*, 1951, I, 1559, mentre in senso positivo App. Milano, 1 giugno 1956, in *Giur. It.*, 1954, I, 2, 457.

²⁶ RORDORF, "Impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari", *op. cit.*, 1203; conforme a proposito dell'usufrutto, ASQUINI, "Usufrutto di quote sociali ed azioni", in *Riv. Dir. Comm.*, 1947, I, 25.

Sostenevano invece la tesi che il diritto d'impugnazione spetti tanto al proprietario quanto all'usufruttuario e al creditore pignoratizio, ASCARELLI, "Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società", in *Banca borsa tit. cred.*, 1952, I, 397; TRIMARCHI, "Titolarità del diritto di impugnare le deliberazioni annullabili", *op. cit.*, 82 ss.; ma in senso contrario App. Milano, 25 settembre 1987, in *Società*, 1988, 2, 161.

Dalla parte opposta si poneva la posizione di chi, invece, escludeva la legittimazione del creditore pignoratizio e dell'usufruttuario, sulla base del rilievo per cui essi non sono soci, ai quali soltanto l'art. 2377 cod. civ. attribuiva il diritto di impugnare, nonché sulla base della considerazione per cui la norma dell'art. 2352 cod. civ. che attribuisce al creditore pignoratizio e all'usufruttuario il diritto di voto sarebbe eccezionale e non si potrebbe pertanto in base ad essa togliere al proprietario dell'azione altri poteri oltre a quelli che la legge espressamente gli sottrae²⁷.

La qualità di socio assente o dissenziente, veniva considerata come una delle condizioni preliminari dell'azione, ma era poi discussa la necessità che l'impugnante avesse anche un interesse concreto ed attuale all'annullamento della deliberazione impugnata, secondo la regola generale stabilita per ogni azione dall'art. 100 cod. proc. civ.²⁸.

Con l'art. 2377 cod. civ. il diritto di impugnare veniva poi attribuito anche agli amministratori e ai sindaci.

L'interpretazione di questa disposizione presentava due ordini di problemi: stabilire se essi potessero esercitare l'impugnazione anche quando tutti i soci assenti o dissenzienti vi avevano rinunciato e capire inoltre se il diritto spettasse ai singoli amministratori e sindaci o invece all'organo nella sua collegialità²⁹.

²⁷ Così MESSINEO, *Studi di Diritto delle Società*, Milano, 1950, 86.

²⁸ In questo senso RORDORF, "Impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari", *op. cit.*, 1203 ed in giurisprudenza Trib. Spoleto, 6 marzo 2000, in *Società*, 2000, 7, 852.

Contra Cass., 15 marzo 1995, n. 2968, in *Società*, 1995, 9, 1173; Cass., 4 dicembre 1996, n. 10814, in *Società*, 1997, 4, 410, con nota di PLATANIA, in cui la Corte afferma che il socio non deve provare l'esistenza di un suo pregiudizio diretto o indiretto conseguente alla delibera stessa apparendo l'interesse ad agire intrinsecamente connesso alla legittimazione ad agire derivante dallo status di socio.

²⁹ Giurisprudenza e dottrina prevalenti propendevano per la collegialità, Cass., 21 ottobre 1955, n. 3398, in *Giust. Civ.*, 1955, 1270; Cass., 2 agosto 1977, n. 3422, in *Giur. Comm.*, 1978, II, 24; App. Firenze, 6 maggio 1953, in *Giur. Tosc.*, 1953, 262; App. Milano, 23 marzo 1954, in *Foro it.*, 1954, I, 815.

CAGNASSO, "L'amministrazione collegiale e la delega", in COLOMBO – PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 4, Torino, 1993, 256 ss.

In senso contrario GRIPPO, "L'assemblea nella società per azioni", *op. cit.*, 420 ss.; TRIMARCHI, "Titolarità del diritto di impugnare le deliberazioni annullabili", *op. cit.*, 96 s. per il quale tale soluzione renderebbe la norma destinata a non trovare applicazione per il fatto che, nella maggior parte dei casi, difficilmente la maggioranza di amministratori e sindaci promuoverà l'annullamento di una delibera che è stata approvata dal gruppo che controlla la società e al quale essi debbono la propria nomina.

Allo scopo di fornire una soluzione a tali questioni gli interpreti si sono preliminarmente interrogati su quale fosse l'interesse a tutela del quale la loro legittimazione era preposta.

A tal proposito si fronteggiavano tre diverse spiegazioni: una prima secondo la quale il potere d'impugnazione è loro concesso in nome di un interesse della società, una seconda per la quale esso è attribuito nell'interesse loro proprio affinché possano eliminare ogni dubbio sull'obbligo di eseguire la deliberazione e sottrarsi così alla responsabilità nella quale potrebbero incorrere eseguendo una deliberazione che venga successivamente annullata o non eseguendo una deliberazione che successivamente si convalidi per mancata impugnazione, ed infine una terza interpretazione che riconduceva il fondamento di tale legittimazione all'impugnazione alla tutela dell'interesse comune dei soci³⁰ in considerazione del fatto che molti fra questi non sanno provvedere da soli perché assenteisti, incompetenti o pigri.

Un ulteriore accenno è necessario fare all'emergere di alcuni casi di legittimazione speciale che la legge ha attribuito a soggetti estranei alla società, in armonia con le funzioni istituzionali di garanzia a quegli stessi soggetti affidate.

L'art. 6 del d.p.r. 31 marzo 1975 n. 136 espressamente attribuiva alla Consob il potere d'impugnare le delibere di approvazione del bilancio certificato delle società di revisione, in considerazione della rilevanza che hanno sul mercato mobiliare le società soggette all'obbligo di certificazione e quasi a compensare la limitazione che la stessa legge introduceva alla potestà d'impugnazione dei soci, circoscritta a coloro che erano titolari di almeno un ventesimo del capitale o di azioni pari almeno a cento milioni di lire se il capitale era superiore ai due miliardi, restrizione quest'ultima successivamente ribadita dall'art. 157 del Testo unico della finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58) il quale però richiede il cinque per cento del capitale sociale e ne amplia la portata anche ai bilanci consolidati.

³⁰ È questa l'interpretazione sostenuta da FERRARA – CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992, 528; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1992, 314, nota 1; TRIMARCHI, "Titolarità del diritto di impugnare le deliberazioni annullabili", *op. cit.*, 88 s.; GRIPPO, "L'assemblea nella società per azioni", *op. cit.*, 420 ss.

In giurisprudenza si veda App. Milano, 3 novembre 1987, in *Giur.it.*, 1988, I, 2, 815.

Accanto a tale previsione, si sviluppa nel corso degli anni una nutrita serie di ipotesi disciplinate da leggi speciali, a norma delle quali alcuni organi pubblici quali il Ministro del Tesoro, la Banca d'Italia, l'Isvap o la stessa Consob vengono investiti della potestà d'impugnare deliberati assembleari di società cui abbiano preso parte soci non in regola con specifici obblighi di astensione dal voto o inadempienti ad obblighi preventivi di comunicazione loro imposti dalla legge.

Ciò testimoniava una tendenza ormai ben delineata all'ampliamento dell'area dei soggetti legittimati ad impugnare deliberazioni assembleari di società che rivestono un interesse generale di mercato, facendo dell'impugnazione uno strumento di controllo pubblico sulla conformità del funzionamento di dette società alle prescrizioni di legge che le riguardano.

Se per l'impugnazione delle deliberazioni assembleari di società il codice dettava una serie di regole abbastanza chiare ed esaurienti altrettanto non poteva dirsi invece per l'impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione, di cui vi era cenno solo nell'art. 2391 cod. civ., il quale si limita a stabilire che le deliberazioni consiliari assunte con il voto determinante di un amministratore in conflitto d'interessi con la società sono impugnabili da parte degli altri amministratori assenti o dissenzienti, così come da parte dei sindaci qualora possano recare danno alla società.

Si poneva quindi il problema se la citata disposizione segnasse il confine di ogni possibile reazione nei riguardi delle deliberazioni invalide del consiglio di amministrazione, contro le quali sarebbero stati quindi legittimati ad insorgere, solo per i vizi ipotizzati in detta norma, gli amministratori assenti o dissenzienti ed i sindaci, oppure se essa valesse unicamente a disciplinare la specifica fattispecie prevista, lasciando libero l'interprete di ricercare nei principi generali dell'ordinamento le regole dell'impugnazione dei deliberati consiliari.

La prima alternativa faceva leva, più ancora forse che sul dato testuale della norma, sulla preoccupazione di non esporre l'attività dell'organo esecutivo al rischio di un'incontrollabile molteplicità di azioni giudiziarie paralizzanti di cui si paventava

l'incompatibilità con le esigenze organizzative della società e con la certezza dei rapporti giuridici ad essa facenti capo³¹.

Di contro, si era tuttavia replicato non solo che l'argomento testuale era inconsistente, in quanto gli articoli 2388 e 2391 del codice non vietavano né affermavano l'impugnabilità dei deliberati consiliari, ma anche che la preoccupazione funzionale fosse eccessiva e tale da non giustificare la rinuncia ad ogni forma di tutela reale in presenza di vizi dell'atto, che avrebbero potuto rivelarsi ben più dannosi di quelli espressamente contemplati dall'art. 2391 cod. civ.³²

La configurazione dell'impugnabilità delle delibere consiliari non esimeva però dall'esigenza di individuare i limiti soggettivi ed oggettivi entro i quali ciò fosse stato possibile.

La strada più semplice sul punto era quella di ricondurre anche le delibere consiliari invalide all'alternativa tra nullità e annullabilità e così considerare impugnabili senza limiti di tempo da chiunque vi abbia interesse le delibere nulle e solo dai componenti dello stesso organo consiliare dissenzienti o assenti e dai sindaci, in quanto istituzionalmente investiti del compito di controllare la legittimità dell'operato sociale, quelle annullabili³³.

³¹ WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 87 ss.; OPPO, "In tema di invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione delle società per azioni", in *Riv. Soc.*, 1977, 961 ss.; GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nelle società per azioni*, Milano, 1979, 200 ss.; FERRARO, "Le delibere del consiglio di amministrazione", in *Società*, 1983, 1368 ss.; CHIOMENTI, "Esiste un potere di impugnativa delle deliberazioni viziate di un consiglio di amministrazione di società di capitali fuori dall'ipotesi dell'art. 2391 cod. civ.?", in *Riv. Dir. Comm.*, 1983, II, 180 ss.

In giurisprudenza v. Cass., 10 aprile 1973, n. 1016, in *Foro it.*, 1973, I, 2501; Cass., 19 agosto 1983, n. 5404, in *Foro it.*, 1984, I, 2298; Trib. Milano, 5 maggio 1980, in *Giur. Comm.*, 1980, II, 938; Trib. Lecce, 2 maggio 1991, in *Società*, 1, 1992, 63.

³² Così SALANITRO, *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milano, 1965, 30 ss.; RORDORF, "Deliberazioni invalide del consiglio di amministrazione", in *Società*, 1987, 7, 695 ss.; RIMINI, "L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione: un istituto in evoluzione", in *Giur. comm.*, 1988, II, 775 ss.; CARNEVALI, "Limiti all'impugnazione delle delibere consiliari", in *Società*, 1990, 8, 753 ss.; CAGNASSO, "L'amministrazione collegiale e la delega", *op. cit.*, 256 ss.

In giurisprudenza si veda Cass., 21 maggio 1988, n. 3544, in *Società*, 1988, 10, 1017; Cass., 24 gennaio 1990, in *Società*, 1990, 6, 750; Trib. Roma, 18 marzo 1982, in *Foro it.*, 1982, I, 2050 ss.; Trib. Milano, 2 febbraio 1987, in *Società*, 1987, 7, 719 ss.

³³ In proposito v. Trib. Milano, 5 novembre 1987, in *Società*, 1988, 3, 266.

Accanto a questa lettura si andava però manifestando la tendenza ad una diversa impostazione del problema, che pur senza negare rilievo alla distinzione tra delibere nulle e annullabili sembrava puntare sulla differenza tra delibere consiliari non discrezionali, destinate ad immediata operatività ed idonee ad incidere direttamente su diritti soggettivi dei soci, e deliberazioni che si riflettono sull'interesse della società ed investono solo indirettamente la posizione dei soci.

Secondo quest'impostazione, contro le prime avrebbe potuto insorgere anche il socio direttamente leso nei propri diritti, mentre le seconde sarebbero state impugnabili solo dagli amministratori assenti o dissenzienti, oppure dai sindaci³⁴.

La sentita esigenza di contrastare l'abuso del diritto ad impugnare emerge in questi anni in occasione della progettazione di grandi riforme del diritto delle società quali il progetto elaborato intorno alla metà degli anni '60 dalla commissione De Gregorio³⁵ e quello predisposto dalla commissione Mirone nel 2000³⁶.

Il progetto De Gregorio riservava la legittimazione ad impugnare oltre che agli amministratori e ai sindaci, ai soci assenti e dissenzienti che rappresentassero una parte del capitale sociale non inferiore al ventesimo o a cinquanta milioni di lire, i quali avevano altresì la possibilità di chiedere il risarcimento del danno che era loro derivato dalle deliberazioni assembleari contrarie alla legge o all'atto costitutivo, anche se non da loro impugunate.

Nella Relazione accompagnatoria si enfatizzava che la norma introduceva un'energica tutela delle situazioni soggettive patrimoniali del socio, svincolata dalle vicende delle deliberazioni assembleari, realizzando un contemperamento degli interessi della società a non vedere moltiplicate né le occasioni di paralisi della sua attività con l'impugnativa, né le situazioni delicate di incertezza, e del singolo che avesse subito un danno ingiusto ad essere reintegrato.

³⁴ In tal senso Cass., 21 maggio 1988, n. 3544, in *Società*, 1988, 10,1017; Cass., 24 gennaio 1990, in *Società*, 1990, 6, 750.

Tale orientamento giurisprudenziale veniva criticato da RORDORF, "Impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari", *op. cit.*, 1203, nonché da ANGELICI, voce *Società per azioni*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLII, 989 ss.

³⁵ *Schema di disegno di legge concernente la riforma della disciplina delle società commerciali* in *Riv. Soc.*, 1966, 93 ss.

³⁶ *Schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, 316 ss.

Nel parere reso dal Cnel sul disegno di legge, si ribadiva che l'impugnativa creava sempre una situazione di incertezza e di remora paralizzante che poteva intralciare l'interesse sociale a meno che non divenisse valutazione di questo e non risultasse espressa da una minoranza qualificata.

La *ratio* del progetto De Gregorio di ovviare all'inconveniente di impugnative meramente ricattatorie era invero percepita come inveritiera dagli studiosi i quali non esitavano a muovere severe critiche agli articoli 13 e 14 del Progetto.

Esse andavano dalla contestazione dell'idea che l'annullamento di una deliberazione invalida possa essere contrario all'interesse sociale, dato che l'osservanza delle disposizioni di legge e statutarie che regolano la formazione delle deliberazioni assembleari e delimitano i poteri della maggioranza costituisce insopprimibile garanzia del retto funzionamento del principio maggioritario, al rilievo per cui la disposizione dell'art. 13 comportava la trasformazione dei diritti dei soci in diritti della minoranza.

In tal senso si considerava estremamente grave riconoscere al gruppo maggioritario il potere di imporre in ogni caso la propria decisione ai singoli azionisti, anche nel contrasto con le disposizioni di legge o statutarie³⁷, e si riteneva che la distinzione tra piccolo e grosso azionista a danno del primo ripugnasse ad un'elementare esigenza non solo di democrazia ma più semplicemente di giustizia³⁸.

Ma le riportate critiche non sono riuscite ad impressionare il legislatore, che con il successivo schema di disegno di legge delega per la riforma del diritto societario predisposto dalla commissione di studio presieduta da Antonio Mirone nel

³⁷ PAVONE LA ROSA, "La riforma delle società per azioni: soppressa la categoria dei diritti individuali degli azionisti?", in *La riforma delle società di capitali in Italia – Studi e dibattiti*, II, Milano, 1968, 1071 ss.

³⁸ In tal senso OPPO, "La tutela dell'azionista nel progetto di riforma", in *Riv. Soc.*, 1966, 1223 ss., il quale evidenzia che la nostra esperienza giudiziaria non poneva il pericolo denunciato dal progetto di riforma e che comunque tra il pericolo di togliere valide remore alle illegalità e il pericolo di azioni infondate che trovano nel processo e fuori del processo la loro naturale sanzione, la scelta del legislatore non dovrebbe essere dubbia.

Secondo GRECO, "Considerazioni generali sulla riforma delle società per azioni", in *Riv. soc.*, 1966, 255 ss., si potevano lasciare le cose come stavano per le società non quotate e riservare la nuova disciplina a quelle quotate, in considerazione del potere di impugnazione conferito in queste ultime all'organo di vigilanza.

febbraio del 2000, prevede la possibilità di disciplinare i vizi delle deliberazioni in modo da contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale, individuando le ipotesi di invalidità, i soggetti legittimati all'impugnativa ed i termini per la sua proposizione, anche prevedendo possibilità di modifica ed integrazione delle deliberazioni assunte e l'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità.

La relativa relazione illustrativa faceva espresso riferimento alla circostanza che gli strumenti di tutela diversi si dovessero concretizzare in rimedi di tipo risarcitorio per il socio, richiamando espressamente a tal proposito l'art. 2504 *quater*, il quale, introdotto nel nostro ordinamento dal d.lgs. 16 gennaio 1991 n. 22, in attuazione dell'art. 22 Direttiva CEE n. 78/855 approvata il 9 ottobre 1978, dispone che eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione l'invalidità dello stesso non può essere più pronunciata e resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione³⁹.

Si leggeva infatti nella suddetta relazione che la riforma del trattamento dei vizi delle deliberazioni traeva origine dalla constatazione che il sistema vigente, in quanto imperniato sulla possibilità di provocare la dichiarazione di nullità o l'annullamento della deliberazione, per un verso non è sempre in grado di fornire un'adeguata tutela al socio che si ritenga leso, offrendogli un rimedio di carattere solo negativo e quindi inidoneo a consentire una effettiva realizzazione dell'interesse perseguito, e per un altro verso può pregiudicare rilevanti interessi, come quelli che attengono alla funzionalità e certezza dell'attività sociale.

Il progetto, al fine di definire un migliore equilibrio fra siffatti interessi, si orientava pertanto in una duplice concorrente direzione.

Da un lato, apriva la strada per l'adozione di strumenti di tutela diversi dall'invalidità delle deliberazioni prevedendo la possibilità di rimedi di tipo risarcitorio, con l'ulteriore vantaggio sia di poter ripristinare in termini economici

³⁹ L'art. 2504 *quater* c.c. trova il suo antecedente normativo nell'analoga norma tedesca, in base alla quale, una volta iscritta la fusione nel registro delle imprese del luogo in cui ha sede la società risultante dall'operazione, l'efficacia della stessa resta impregiudicata da eventuali vizi (§ 352a *AktG*, introdotto dalla legge del 25.10.1982, con cui la Germania ha integrato e modificato l'*AktG* del 1965 al fine di dare attuazione alla III Direttiva CEE in materia societaria).

l'interesse leso, sia di impedire che l'eventuale pregiudizio di interessi anche minimi potesse a seguito di una dichiarazione d'invalidità travolgere un'intera operazione e con essa interessi di rilevante portata.

Da un altro lato prevedeva, analogamente ad altri importanti ordinamenti europei, una migliore precisazione e delimitazione delle ipotesi di invalidità, dei soggetti legittimati all'impugnativa e soprattutto dei termini per la sua proposizione.

3. Le linee ispiratrici della riforma del 2003: i criteri direttivi della legge delega e il principio di stabilità.

I principi contenuti nel progetto Mirone vengono sostanzialmente ripresi dall'art. 4, settimo comma, lettera b, della legge di delega al Governo per la riforma del diritto societario (legge 3 ottobre 2001, n. 366), il quale prevedeva infatti l'invito a «disciplinare i vizi della deliberazione in modo da contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale, individuando le ipotesi di invalidità, i soggetti legittimati all'impugnativa e i termini per la sua proposizione, anche prevedendo possibilità di modifica e integrazione delle deliberazioni assunte, e l'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità».

Il fondamento della ricerca di tale equilibrio tra tutela dei soci ed esigenze di certezza e stabilità dei deliberati societari nonché di speditezza e capacità di comando dell'impresa societaria va ricercato nell'impostazione generale della legge di delega e nell'enfasi in essa riservata ai connotati imprenditoriali della società ed alla priorità dei valori dell'impresa, del suo sviluppo e della sua competitività.

Tali elementi segnalano il favore del legislatore per un approccio più incline a privilegiare le esigenze di operatività dell'impresa societaria che non la tutela di posizioni individuali o minoritarie, le quali, seppur presenti nella società, vengono ora considerate come un motivo di potenziale disturbo.

L'istanza di stabilità della società e dei suoi atti soprattutto organizzativi costituisce infatti uno dei *leitmotive* della riforma del diritto societario attuata con

d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, unitamente alla salvaguardia della facilità, rapidità e fermezza delle decisioni e alla volontà di arginare il fenomeno delle impugnazioni ricattatorie⁴⁰.

Ed infatti la relazione al suindicato decreto specifica che *“per ovviare all’inconveniente, troppe volte manifestatosi nell’esperienza, di impugnative ispirate da intenti meramente ricattatori, si è chiesto il possesso di una quota qualificata di capitale sociale per esercitare l’azione di annullamento”*.

La legge delega muoveva dalla constatazione dell’inadeguatezza della disciplina vigente, che non sempre aveva offerto un corretto contemperamento dell’interesse del singolo socio con quello alla stabilità delle deliberazioni e alla certezza dei rapporti giuridici instaurati dalle società di capitali.

L’esigenza di certezza e stabilità delle delibere assembleari era stata certamente tenuta presente dal legislatore del 1942 e non aveva mancato di riflettersi nella redazione degli articoli 2377 e 2379 cod. civ. ove la nullità si presentava infatti come sanzione eccezionale, prevista solo per le delibere aventi oggetto impossibile o illecito, mentre i vizi di procedimento davano vita sempre e solo ad annullabilità, per cui decorso il breve termine di tre mesi concesso per l’impugnativa, la delibera non era più contestabile anche in presenza di vizi procedimentali di rilevante gravità.

I limiti della disciplina erano però in parte dovuti al prevalere di un orientamento giurisprudenziale e dottrinale che aveva eccessivamente privilegiato la tutela del singolo socio, attraverso la creazione di vizi non contemplati dal legislatore, i quali avevano dato luogo alla tormentata vicenda delle deliberazioni inesistenti, così considerate quando l’evento cui si vorrebbe attribuire la qualifica di

⁴⁰ Sul tema D’ALESSANDRO, “La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori”, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2003, 708, il quale precisa che il perseguimento di tale istanza non costituisce una novità propria della riforma ma *“attraversa al contrario tutta la storia della disciplina se non addirittura dell’intero diritto commerciale. E c’è anzi chi pensa che, se questo conserva ancora tratti fisionomici propri, all’interno del più vasto ambito del diritto privato in generale, uno, e uno dei più netti, sia proprio la spiccata esigenza di stabilità”*, ed in tal senso anche GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 2004, 281, secondo cui l’interesse protetto è l’interesse della società alla stabilità delle proprie deliberazioni, affinché esse non siano in perpetuo esposte all’azione di nullità di un qualsiasi interessato o restino in condizione di perenne incertezza, ed anche l’interesse dei terzi che entrano in rapporto con la società, i quali potrebbero nutrire remore a concludere affari nel timore di vedersi opporre la nullità della delibera.

deliberazione assembleare si è realizzato con modalità tali da far sì che non sia possibile scorgere in esso i lineamenti tipici dai quali una deliberazione dovrebbe essere contraddistinta, e all'interpretare in modo rigoroso il requisito dell'illiceità dell'oggetto, quale causa di nullità della deliberazione, con conseguente imprescrittibilità dell'azione⁴¹.

La legge delega aveva quindi, nel dichiarato obiettivo di conferire pari rango alle esigenze di tutela dei soci e a quelle di funzionalità e certezza dell'azione della società, aperto la strada ad una possibile integrale riconfigurazione del sistema.

Nella disciplina dell'impugnazione dei deliberati assembleari il legislatore del 2003 ha però preferito mantenersi nel solco della tradizione con la tradizionale bipartizione tra annullabilità, suscettibile di essere fatta valere da soggetti determinati, e nullità, suscettibile di essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, attenuando tuttavia, come si avrà modo di vedere, la differenza tra di esse e accomunando le due diverse azioni in una più generale categoria dell'impugnazione.

Quest'ultima risulta caratterizzata da limiti all'azione di impugnazione sia soggettivi, con introduzione di soglie quantitative minime per l'impugnativa da parte dei soci delle delibere annullabili di s.p.a. e delle delibere di approvazione del bilancio (art. 2434 *bis*), anche se nulle, su cui il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti ha emesso un giudizio senza rilievi, e sia temporali, con previsione del termine di novanta giorni per le delibere annullabili e del termine triennale per quelle nulle, quando il vizio sia diverso dall'inserimento nell'oggetto sociale di attività illecite o impossibili, cui si aggiungono ulteriori specifiche previsioni per le delibere di approvazione di bilancio, nonché per quelle di aumento di capitale, riduzione di capitale e emissione di obbligazioni.

⁴¹ Cfr. Cass., 13 agosto 1951, n. 2513, in *Giur. It.*, 1952, I, 1, 174; Cass., 1 ottobre 1960, n. 2542, in *Giur. It.*, 1961, I, 1, 420; Cass., 4 marzo 1963, n. 511, in *Giur. Comm.*, 1963, I, 1035; Cass., 4 gennaio 1966, n. 45, in *Giur. Comm.*, 1966, I, 489; Cass., 27 gennaio 1967, n. 233, in *Giur. Comm.*, 1967, I, 471; Cass., 8 ottobre 1979, n. 5197, in *Foro it.*, 1980, I, 1051; Cass., 28 novembre 1981, n. 634, in *Giur. Comm.*, 1982, II, 424; Cass., 15 marzo 1986, n. 1768, in *Società*, 1986, 850; Cass., 13 gennaio 1987, n. 133, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 1764; Cass., 4 dicembre 1990, n. 11601, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 1408; Cass., 14 gennaio 1993, n. 403, in *Società*, 1993, 484; Cass., 10 marzo 1999, n. 2053, in *Società*, 1999, 947; Cass., 22 agosto 2001, n. 11186, in *Foro it.*, 2002, I, 1483.

A ciò si aggiunge la previsione di preclusioni all'impugnativa per motivi di illegittimità non determinanti quali per le delibere annullabili, l'irrilevanza della partecipazione di soggetti non legittimati che non abbia determinato la valida costituzione dell'assemblea, l'invalidità o l'errato conteggio dei singoli voti che non abbiano determinato il raggiungimento della maggioranza richiesta e le incompletezze o inesattezze del verbale che non abbiano impedito di accertarne il contenuto, gli effetti o la validità (art. 2377, quinto comma, cod. civ.), mentre per le delibere nulle sono indicate soglie di rilevanza ai fini dell'impugnazione dei vizi concernenti l'avviso di convocazione o il verbale (art. 2379, terzo comma, cod. civ.).

Le esigenze di temperamento con la stabilità dell'azione sociale sono state inoltre perseguite attraverso l'introduzione di alcuni meccanismi di sanatoria per le delibere annullabili, per cui l'annullamento non può avere luogo se la deliberazione impugnata viene sostituita con un'altra presa in conformità della legge o dello statuto (art. 2377, ottavo comma, cod. civ.), richiamati anche per le delibere nulle dall'art. 2379, ultimo comma, cod. civ. Per queste ultime sono inoltre previsti l'assenso allo svolgimento dell'assemblea dell'avente diritto all'impugnazione della delibera nulla per mancata convocazione e la verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva in caso di delibera nulla per mancanza di verbale (art. 2379 *bis* cod. civ.)

Sono stati inoltre aumentati sensibilmente i casi di pubblicità cosiddetta sanante, in cui l'intervenuta esecuzione dell'atto o la sua iscrizione nel registro delle imprese impediscono la caducazione dello stesso. Ed infatti l'art. 2379 *ter*, secondo comma, cod. civ., prevede la non pronunciabilità, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, dell'invalidità dell'aumento di capitale una volta iscritta nel registro delle imprese l'attestazione di esecuzione anche parziale dello stesso, nonché della riduzione di capitale o dell'emissione di obbligazioni dopo che la delibera sia stata anche parzialmente eseguita. Un'ulteriore preclusione è prevista per l'impugnazione della delibera di approvazione di bilancio, inibita dall'art. 2434 *bis* cod. civ. una volta avvenuta l'approvazione del bilancio inerente all'esercizio successivo.

Ed analogamente a quanto già previsto in materia di fusione dall'art. 2504 *quater*, l'iscrizione nel registro delle imprese inibisce la pronuncia d'invalidità della trasformazione (art. 2500 *bis* cod. civ.) e della scissione (art. 2506 *ter* cod. civ.)

L'area di impugnabilità delle delibere assembleari risulta quindi alquanto ridotta, mentre sembra, almeno potenzialmente, ampliato lo spazio riservato alla tutela risarcitoria, a conferma della diffusa opinione che evidenzia un progressivo arretramento della tutela reale o demolitoria a favore di forme di tutela meramente risarcitoria o obbligatoria, ispirata dall'intento di garantire che gli effetti degli atti societari conservino il massimo possibile di stabilità⁴².

Per la prima volta nel nostro ordinamento, con la riforma del 2003, viene poi ad essere disciplinata l'impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione non conformi alla legge o allo statuto, attribuita dall'art. 2388 cod. civ. agli amministratori assenti o dissenzienti, al collegio sindacale ed ai soci se lesive dei loro diritti, così riducendo i margini di incertezza che avevano impegnato dottrina e giurisprudenza nel vigore della precedente disciplina.

4. Delimitazione del percorso d'indagine.

Un percorso di ricostruzione del sistema delle impugnative societarie sotto il profilo della legittimazione a farle valere deve muovere dalla riproposizione in materia delle tradizionali categorie d'invalidità negoziale, annullabilità e nullità, e dalla conseguente contrapposizione in termini di legittimazione tra soggetti determinati e chiunque vi abbia interesse.

Posto il valore organizzativo della delibera societaria e la distanza dal fenomeno negoziale, nel secondo capitolo sarà possibile rilevare come il sistema

⁴² In tal senso SACCHI, "Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza", in ABBADESSA - PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II, 135 ss.; *ID.*, "La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377", in BENAZZO - PATRIARCA - PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, Milano, 2003, 155; NIGRO, "Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario", *Riv. Soc.*, 2004, 4, 881 ss.

delle invalidità societarie solo apparentemente ricalchi quello di matrice contrattuale e manifesti in realtà un'assoluta peculiarità di disciplina.

Nell'obiettivo di delineare i contorni di questo sistema il lavoro si propone allora di individuare l'interesse perseguito e protetto attraverso l'impugnativa di una delibera societaria e di comprendere se la contrapposizione tra soggetti determinati e chiunque vi abbia interesse trovi giustificazione in un apprezzabile criterio.

Compiuta questa indagine ed evidenziate le peculiarità del sistema, la terza parte del lavoro sarà dedicata, con uno sguardo costante al panorama comparatistico, ad una disamina dei soggetti cui il legislatore ha in concreto attribuito la legittimazione ad impugnare le delibere societarie e degli svariati problemi applicativi che la disciplina comporta, nel tentativo di comprendere se sia possibile ravvisare nel sistema un filo comune intorno al quale la legittimazione alle impugnative societarie si dipana.

CAPITOLO SECONDO

L'INTERESSE TUTELATO ATTRAVERSO L'IMPUGNATIVA DI DELIBERE SOCIETARIE

SOMMARIO: 1. La delibera come valore organizzativo societario. – 2. La distanza del sistema delle invalidità delle delibere societarie dal sistema delle invalidità contrattuali. – 3. Individuazione dell'interesse tutelato nelle impugnative societarie: l'impugnativa del socio. – 3.1 (*Segue*). La possibile assimilazione della posizione del socio nei confronti delle delibere invalide all'interesse legittimo. Criticità. – 3.2 L'impugnativa degli organi sociali di amministrazione e di controllo. – 3.3 L'impugnativa del terzo. (*Rinvio*). – 4. Autonomia delle categorie d'invalidità delle delibere societarie e specialità della legittimazione all'impugnativa.

1. La delibera come valore organizzativo societario.

Per lungo tempo il fenomeno deliberativo societario è stato condizionato dal tradizionale confronto con lo schema negoziale, in considerazione della delibera come espressione di volontà degli aventi diritto al voto.

In virtù di questa correlazione tra deliberazione societaria e negozio giuridico, le determinazioni prese dai soci durante lo svolgimento del rapporto associativo vanno considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti negoziali di esecuzione del contratto sociale, perché preordinati alla sua migliore attuazione⁴³.

Alla base della disputa sulla natura della delibera societaria è inoltre possibile cogliere il tentativo di attribuire rilevanza al metodo di formazione della stessa,

⁴³ È questo l'orientamento espresso da Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Impresa*, 2006, 3, 482, con riferimento a questioni di tipo interpretativo circa il contenuto della deliberazione, per le quali la Corte di legittimità ritiene quindi applicabili le regole ermeneutiche dettate per i contratti.

collegiale o assembleare, quale mezzo per la trasformazione della pluralità di dichiarazioni individuali in una nuova volontà riferibile all'organo sociale.

Le definizioni che vi si connettono sono tuttavia da considerarsi superate in virtù della considerazione della delibera come pluralità di dichiarazioni individuali, espressione come tale non della volontà dell'organo sociale, bensì della maggioranza sia pure in esso formata, e della sua connotazione specifica come atto dell'organizzazione societaria, nell'ambito della quale essa costituisce la sintesi finale di un procedimento che si sviluppa in coerenza con le regole organizzative⁴⁴.

In questo senso, la delibera può essere considerata come un valore organizzativo, cioè quel valore che le regole societarie consentono di riconoscere ad una serie di fatti avvenuti in coerenza con esse.

La prospettiva è quella per cui la delibera rappresenta il valore attribuibile al procedimento che si svolge coerentemente con le regole dell'organizzazione della società.

Essa costituisce quindi un momento dell'attività sociale e pertanto il problema della sua validità o invalidità non potrà essere affrontato isolatamente, ma tenendo conto delle conseguenze che ne possono derivare e ne sono derivate riguardo a quell'attività nel suo complesso.

La questione si presenta evidentemente in termini diversi rispetto a quanto avviene nel caso di una vicenda negoziale.

In tale ultimo caso si tratta infatti di verificare se e quali situazioni giuridiche soggettive essa è stata in grado di costituire ed in caso di invalidità, predisporre gli strumenti per eliminare esse e le relative conseguenze.

Nel caso della delibera societaria invece, a realizzarsi è un fatto il cui ruolo non è, di per sé, quello di costituire situazioni giuridiche soggettive, bensì di rappresentare un momento nello svolgimento dell'attività sociale.

⁴⁴ Si ricorda che gli atti deliberativi delle società per azioni sono stati definiti in modo variegato: atti semplici secondo DONATI, *L'invalidità della deliberazione d'assemblea delle società anonime*, Milano, 1937, 39; collegiali in quanto formati da una pluralità di atti che non influiscono sull'unitarietà della deliberazione, secondo COTTINO, *Società per azioni*, in *Novissimo Digesto*, XII, Torino, 1970, 121; atti unilaterali posti in essere da un organo collegiale formato dalla fusione delle dichiarazioni dei membri di uno stesso organo, secondo VASELLI, *op. cit.*, 9 ss..

Il problema che si pone rispetto ad essa consiste quindi nel capire se il valore organizzativo in essa contenuto possa essere conservato oppure debba essere eliminato.

Ed infatti, risultato principale dell'annullamento o della dichiarazione di nullità è quello di obbligare l'organo amministrativo, il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità, poichè la portata dell'intervento giudiziale non è solo quella di escludere che siano efficacemente costituite le situazioni giuridiche soggettive controverse, ma può implicare anche l'esigenza di comportamenti positivi, in quanto non si tratta di contestare un'altrui pretesa ed il proprio obbligo, ma di eliminare il ruolo svolto da quel fatto nell'attività sociale.

La considerazione del valore organizzativo imprenditoriale delle delibere societarie consente di meglio cogliere la *ratio* della disciplina delle invalidità delle stesse, la quale costituisce espressione della prevalenza accordata dal legislatore alla stabilità delle deliberazioni in seno all'organizzazione societaria e alla certezza dei rapporti giuridici da tale organizzazione instaurati, evidenziando la scarsa permeabilità tra il valore giuridico sostanziale delle delibere societarie in cui prevale la portata organizzativa e la qualità di strumento di azione imprenditoriale dell'ente, ed un sistema sanzionatorio impostato sulle categorie di invalidità negoziale⁴⁵.

2. La distanza del sistema delle invalidità delle delibere societarie dal sistema delle invalidità contrattuali.

In materia di invalidità delle delibere assembleari permane nella rubrica degli articoli 2377 e 2379 del codice civile la tradizionale distinzione, propria delle categorie di invalidità dei contratti, tra annullabilità e nullità.

⁴⁵ MEO, "Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari", in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II, 295 ss., il quale richiama la riflessione organica sul punto avviata da FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1993.

L'introduzione di siffatta distinzione all'atto di unificazione dei codici fu diretta conseguenza delle incertezze arrecate dall'articolo 163 del codice di commercio del 1882, il quale, come si è visto, si limitava ad attribuire ai soci il diritto di fare opposizione alle deliberazioni manifestamente contrarie all'atto costitutivo, allo statuto o alla legge senza nulla chiarire in merito alle forme e ai termini che avrebbero dovuto regolarne l'esercizio⁴⁶.

Nell'esigenza di riordinare la materia e volgendo lo sguardo ad un modello cui eventualmente attingere, quale quello tedesco, dotato di una disciplina in materia di impugnative societarie fondata sulla distinzione tra *Nichtigkeit* (§195AktG) e *Anfechtbarkeit* (§197 AktG) ed ispirato al principio per cui la decisione invalida è di regola soltanto impugnabile salvo che la legge non ne sancisca espressamente la nullità⁴⁷, la scelta del nostro legislatore fu quella di introdurre un'analoga distinzione nell'ordinamento italiano, conformemente a quelle che erano le tendenze espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Di fronte all'inadeguatezza dell'articolo 163 del codice di commercio, gli interpreti preferirono infatti rifugiarsi nelle più familiari categorie concettuali privatistiche, trascurando le peculiarità del fenomeno societario, così appiattito su quello contrattuale⁴⁸.

⁴⁶ Sulle incertezze dell'articolo 163 del codice di commercio si veda SCIALOJA, "L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime", *op. cit.*, 202 ss.; VIVANTE, *Le società commerciali*, 2, in *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1923, 260 ss.; *Id.*, nota a Cass., 20 aprile 1896, in *Foro it.*, XXI, 1896, 656 ss; MOSSA, *op. cit.*, 441 ss.; ASCARELLI, "L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria", *op. cit.*, 358 ss.

⁴⁷ Sull'evoluzione in Germania dell'impugnativa dell'azionista contro le delibere illegittime dell'assemblea si veda NOACK, *Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen*, Köln, 1989, 34 ss.; HOFFMANN, "Zur Nichtigkeit eines Hauptversammlungs – Beschlusses nach §241 Nr. 3,3. Alternative AktG", AG, 6, 1980, 143 ss.; SCHMIDT, "Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (II)", AG, 8, 1977, 243ss.; HUECK, *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften*, Berlin – Leipzig, 1924.

⁴⁸ Si distinguevano infatti due forme di invalidità: una rilevabile in ogni tempo, da chiunque vi avesse interesse mediante un processo di tipo dichiarativo (nullità o inesistenza), e l'altra opponibile solo da parte dei soci attraverso l'instaurarsi di un procedimento costitutivo sottoposto ad un termine di prescrizione quinquennale, così SCIALOJA, "L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime", *op. cit.*, 202 ss.; MOSSA, *op. cit.*, 441 ss.; VIVANTE, "L'art. 163 del codice di commercio e l'azione di annullamento data ai soci contro le deliberazioni illegali della maggioranza", *op. cit.*, 653 ss.; *Id.*, *Le società commerciali*, *op. cit.*, 253; SOPRANO, *op. cit.*, 604 ss. secondo cui non ci sarebbe nessuna necessità di distinguere tra impugnativa derivante dal diritto comune e l'opposizione di cui all'art. 163 cod. comm. in quanto il diritto di impugnativa sarebbe unico e deriverebbe esclusivamente dai principi sull'invalidità dei negozi.

La distinzione tra le due categorie di invalidità, nonostante il richiamo agli articoli 1421, 1422 e 1423 cod. civ. contenuto nell'articolo 2379 cod. civ., era tuttavia distante da quella esistente tra le categorie civilistiche.

Le cause di invalidità dei contratti costituiscono infatti un sistema rigorosamente binario che non offre alcuna possibilità di commistione tra le due forme di invalidità. Quest'ultime sono disciplinate in termini contrapposti, in guisa che la nullità è imprescrittibile, insanabile e può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, mentre l'annullabilità si prescrive nel termine di cinque anni, può essere domandata solo dalla parte e rende il contratto produttivo di effetti sia pur precari e suscettibile di convalida (articoli 1421 e seguenti del codice civile)⁴⁹.

Sin dalla redazione del codice civile del 1942, nel sistema delle invalidità di delibere assembleari era invece possibile rilevare una netta discontinuità rispetto alle forme di invalidità previste per i contratti dal Libro IV del codice civile.

Ed infatti, all'annullabilità, limitata a casi tassativi dagli articoli 1425 e seguenti del codice civile, veniva attribuito carattere generale, mentre i casi di nullità, avente viceversa nella disciplina del contratto capacità espansiva, si esaurivano nell'unica ipotesi di illiceità o impossibilità dell'oggetto della deliberazione⁵⁰.

Analoghe considerazioni si ritrovano anche in giurisprudenza, per cui accanto a vizi che fondano l'azione di opposizione attribuita esclusivamente ai soci vi sono ipotesi di violazioni di legge più gravi che comportano la nullità assoluta o l'inesistenza della deliberazione, così App. Bologna, 1 aprile 1937, in *Temi emil.*, 1937, 214; App. Brescia, 22 giugno 1933, in *Corti reg.*, 1934, 107.

⁴⁹ Tra i numerosi contributi sull'argomento, cfr. SACCO, "Il contratto", in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, 477 ss.; GENTILI, "Le invalidità", in RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, II, Torino, 1999, 1257 ss.; IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 578 ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998.

⁵⁰ Sull'estraneità della disciplina dell'invalidità delle decisioni degli organi sociali rispetto alle categorie di patologia negoziale, ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 114 s.; MEO, *op. cit.*, 97 ss.; PISANI MASSAMORMILE, "Invalidità delle delibere consiliari", in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II, 516 ss.; STAGNO D'ALCONTRES, "L'invalidità delle deliberazioni di dell'assemblea di s.p.a.: la nuova disciplina", in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II, 213 ss.; IERMANO, "Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità", in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, IV, 398 ss.; FERRO-LUZZI, "La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo", in GAMBINO – LIBONATI (a cura di), *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1993, 151 ss.; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, t. II, Padova, 1999, 490 ss.

In questo senso, le scelte compiute dal legislatore con la riforma del diritto societario del 2003, ed in particolare, l'espunzione dal testo dell'articolo 2379 cod. civ. del riferimento agli articoli 1421, 1422 e 1423 cod. civ., hanno reso ancor più evidente come il sistema delle invalidità delle deliberazioni assembleari solo apparentemente ricalchi lo schema già proprio delle invalidità contrattuali e manifesti in realtà un'assoluta peculiarità di disciplina, tale da costituirne un minisistema autonomo⁵¹.

3. Individuazione dell'interesse tutelato nelle impugnative societarie: l'impugnativa del socio.

Considera espressione paradigmatica di siffatto affrancamento dal diritto comune la previsione dell'articolo 2332 c.c. che disciplina la società nulla secondo criteri del tutto estranei rispetto a quelli indicati negli articoli 1418 ss. c.c., PALMIERI, "L'invalidità delle decisioni", in IBBA – MARASÁ' (a cura di), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, Napoli, 2008, IV, 176, secondo cui "Nel contesto dell'art. 2332 c.c., il superamento della distinzione civilistica nullità/annullabilità emerge infatti con tutta evidenza costituendo il presupposto delle più significative regole sancite da tale norma: assoggettamento della «società nulla» ad una disciplina unitaria che prescinde dalla natura del vizio; limitazione ed ampia sanabilità delle cause invalidanti; inidoneità della dichiarazione di nullità a pregiudicare gli effetti prodotti, anche nel caso in cui sia dovuta ad illiceità".

L'esigenza di affrancare la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari dai tradizionali canoni negoziali era peraltro già percepita nel vigore del codice di commercio del 1882, come segnalato da MOSSA, *op. cit.*, 443, secondo cui "la dottrina della validità del negozio giuridico non può essere, senz'altro, la dottrina della validità della deliberazione sociale".

⁵¹ Sul punto v. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007, 220, che evidenzia come con riguardo alle deliberazioni dell'assemblea le fattispecie e le discipline dell'invalidità erano nate diverse da quelle del diritto comune dei contratti, tanto da poter affermare che dal momento della redazione del codice civile si presentavano come un minisistema autonomo rispetto alle corrispondenti categorie della normativa codicistica generale.

La specialità della disciplina è stata considerata espressione della preferenza accordata dal legislatore alla stabilità delle deliberazioni assembleari e alla certezza dei rapporti giuridici e più precisamente dell'interesse a che gli atti decisionali dell'assemblea pur se contrari a norme, non siano in perpetuo esposti all'azione di nullità di un qualsiasi interessato e restino in condizione di permanente incertezza, su cui LENER, "Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni", in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, I, 80; VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 70 s.; SCHLESINGER, "La nuova disciplina dell'invalidità delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a.", in BALZARINI – CARCANO – VENTORUZZO (a cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, 1154 ss.; D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 707 ss.; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 266 ss.; PISANI MASSAMORMILE, "Invalidità delle delibere consiliari", *op. cit.*, 516 ss.; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 213 ss.; SCHLESINGER, "Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003", in *Riv. Dir. Civ.*, 5, 2011, 595 ss., secondo cui i valori presenti nel fenomeno societario sono irriducibili a quelli propri del contratto.

Quando si discute dell'interesse presente nell'esercizio giurisdizionale di un diritto, è opinione prevalente nella dottrina processualcivilistica e in giurisprudenza, che occorra distinguere tra l'interesse ad agire e l'interesse tutelato.

Il primo, espressamente disciplinato dall'articolo 100 cod. proc. civ., costituisce l'esigenza di provocare l'intervento degli organi giurisdizionali al fine di conseguire la tutela di un diritto o di una situazione giuridica ritenuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento ed ha carattere strumentale rispetto al secondo, ovvero l'interesse primario la cui lesione viene denunciata e la cui riparazione richiesta⁵².

Rinviando al prosieguo del lavoro l'indagine sui profili dell'interesse ad agire nel campo delle impugnative societarie, appare ora opportuno soffermarsi sull'interesse perseguito e protetto attraverso le stesse, e pertanto, cercare di stabilire nell'interesse di chi i soggetti indicati dalla legge siano legittimati ad impugnare una delibera invalida.

Fin dal vigore del codice di commercio la ricerca di questo interesse è stata oggetto di un ampio e vivace dibattito da parte della dottrina e della giurisprudenza, le quali si sono divise tra sostenitori dell'interesse generale della società da una parte, e dell'interesse individuale del socio dall'altra⁵³.

Alla corrente che riteneva l'azione in discorso diretta a proteggere l'interesse stesso della società e cioè l'interesse generale all'osservanza delle norme fondamentali della stessa⁵⁴, si contrapponeva quindi l'indirizzo di chi esprimeva il

⁵² Così LIEBMAN, in COLESANTI – MERLIN – RICCI (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2002, 137, per il quale l'interesse ad agire ha per oggetto il provvedimento che si domanda al giudice come mezzo per ottenere il soddisfacimento dell'interesse primario leso dal comportamento della controparte, o più genericamente, dalla situazione di fatto esistente; ATTARDI, "Interesse ad agire", in *Digesto Disc. Priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 517 ss.; GARBAGNATI, "Azione ed interesse", in *Jus*, 1955, 316 ss.

In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 12 aprile 2013, n. 8934, in *CED Cassazione*, 2013; Cass., 11 marzo 2014, n. 5581, in *Lavoro nella giur.*, 2014, 6, 603; Cons. Stato, 13 marzo 2014, n. 1243, inedita; Cons. Stato, 02 aprile 2014, n. 1572, in *Giur. It.*, 2014, 8 - 9, 2006.

⁵³ Evidenzia i profili di criticità di entrambe le tesi, MINERVINI, "Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni", in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1955, 207 ss.

⁵⁴ Così SCIALOJA, "L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime", *op. cit.*, 211 ss., che ha poi continuato a ribadire la sua tesi in "Sui limiti soggettivi dell'esercizio dell'impugnativa di deliberazioni sociali", in *Foro it.*, 1911, I, 710 ss., nonché in "In

convincimento che il singolo insorga contro la deliberazione a tutela del suo interesse individuale e che l'interesse sociale possa essere tutelato da tale difesa individuale solo conseguenzialmente⁵⁵.

La tesi secondo cui l'azionista agisce nell'interesse sociale aveva trovato ampio spazio nel vigore del Codice di commercio ed era stata ripresa dalla dottrina italiana negli anni '90, evocando l'idea accreditata presso la dottrina tedesca del socio quale *Wahrer des Rechts*, cioè custode del diritto⁵⁶.

Essa è tuttavia considerata ormai ampiamente recessiva⁵⁷. Le obiezioni mosse a questa tesi riguardano innanzitutto l'esclusione dal novero dei soggetti legittimati dei soci consenzienti, cui tale interesse è certamente comune, e che risulta difficilmente giustificabile alla stregua del brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*, sulla base del quale la reazione contro la delibera da parte di chi ha concorso ad approvarla costituirebbe un tipico abuso del diritto⁵⁸ o ancora ritenendo

tema di impugnabilità di deliberazioni dell'assemblea da parte dei soci assenzienti", in *Foro it.*, 1931, I, 853; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, op. cit.*, 256; SOPRANO, *op. cit.*, 605; DONATI, *op. cit.*, 83 ss.

In giurisprudenza nello stesso senso, Cass., 24 gennaio 1933, in *Foro it.*, 1933, I, 413; Cass., 23 giugno 1936, in *Foro it.*, 1936, I, 809 ss.

⁵⁵ In questo senso Cass., 8 giugno 1931, in *Foro it.*, 1931, I, 853; App. Milano, 24 maggio 1930, in *Foro it.*, 1930, I, 1299; App. Bologna, 6 aprile 1934, in *Giur. It.*, 1934, I, 2, 330.

⁵⁶ Così ANGELICI, "Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società", in *Giur. Comm.*, 1991, I, 681 ss., secondo cui "è possibile quanto meno discutere se l'interesse del socio sotteso a tale diritto non si caratterizzi in realtà per il suo significato sociale, non quindi mero strumento per la sua tutela individuale" e la stessa prospettiva sembra adottata da WEIGMANN, "Luci ed ombre del nuovo diritto azionario", in *Società*, 2003, 280, e GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, 2004, 208.

Sul punto v. anche MESSINEO, "Impugnativa di delibera di fusione e interesse di singoli soci", in *Riv. Soc.*, 1957, 226, per cui l'impugnativa ai sensi dell'art. 2377 c.c., è consentita alla minoranza soltanto a tutela di un interesse sociale e non quindi a tutela dell'interesse esclusivo dei singoli soci.

Sulla qualificabilità del socio come *Wahrer des Rechts* nella dottrina tedesca v. MERTENS, "Der Aktionär als Wahrer des Rechts?", *AG*, 2, 1990, 49 ss.

⁵⁷ Così ZANARONE, "L'invalidità delle deliberazioni assembleari", in COLOMBO – PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. III, t. 2, Torino, 1993, 270; VILLATA, *op. cit.*, 144.

⁵⁸ In questo senso GENOVESE, "Questioni pratiche in tema di impugnativa delle deliberazioni dell'assemblea", in *Dir. Prat. Comm.*, 1941, I, 143 ss., e in giurisprudenza Cass., 8 giugno 1931, *Foro it.*, 1931, I, 853; App. Milano, 24 maggio 1930, in *Foro it.*, 1930, I, 1299; App. Bologna, 6 aprile 1934, in *Giur. It.*, 1934, I, 2, 330.

All'utilizzo di tale brocardo si è replicato che esso ha senso e valore solo in quanto esprima un principio di autoresponsabilità e che non potrebbe dunque invocarsi contro quanti perseguano un interesse altrui, che ne resterebbe altrimenti ingiustamente penalizzato, così RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, 123 ss., nonché SCIALOJA, "In tema di impugnabilità di deliberazioni dell'assemblea da parte dei soci assenzienti", *op. cit.*, 853 ss.

che attraverso il voto favorevole il socio rinunci al diritto di impugnare, non potendosi rinunciare ad un diritto che al momento del voto non era ancora sorto⁵⁹.

A ciò potrebbe replicarsi che la legittimazione del socio consenziente, seppur esclusa dall'art. 2377 cod. civ., con riferimento alle cause di annullabilità, è tuttavia rimessa in gioco dalla formula aperta prevista dall'art. 2379 cod. civ., la quale attribuisce a chiunque vi abbia interesse il diritto di far valere dei profili di nullità della delibera impugnata.

L'interesse in funzione legittimante di cui all'art. 2379 cod. civ., come si avrà modo di vedere più avanti (*infra* cap. 3, par. 6.1), non è tuttavia rappresentato da un generico interesse alla legalità dell'agire sociale, bensì da un interesse individuale inteso come titolarità di una situazione giuridica soggettiva suscettibile di essere lesa dagli effetti dell'atto che si assume essere nullo.

Di tutta evidenza appare poi l'individualità dell'interesse sotteso all'impugnativa delle delibere del consiglio di amministrazione, rispetto alla quale la legittimazione è circoscritta alle ipotesi in cui si configuri una lesione dei loro diritti.

In tal caso, infatti, l'impugnativa del socio non sottende un generico interesse alla legalità dell'azione sociale bensì un'esigenza di protezione dei propri diritti di fronte alla presenza, in capo agli amministratori, di un potere di gestione che, pur in difetto di partecipazione ed informazione dei titolari dell'interesse gestito, consente di creare un valore idoneo a vincolarli.

A remare contro la tesi che individua nell'interesse sociale la funzione dell'impugnativa del socio vi è inoltre l'assenza nel nostro ordinamento di un obbligo di agire quando l'interesse sociale lo esiga, così come di un divieto di esperire la medesima azione per il socio che abbia un interesse in conflitto con quello della società.

Sembra allora preferibile l'opinione secondo cui la legittimazione ad impugnare sia stata attribuita ai soci a tutela del loro personale interesse⁶⁰.

⁵⁹ Così SCIALOJA, "In tema di impugnabilità di deliberazioni dell'assemblea da parte dei soci assenzienti", *op. ult. cit.*, 854; DONATI, *op. cit.*, 237.

⁶⁰ Così PAVONE LA ROSA, "Diritto di voto e diritto di annullamento delle deliberazioni assembleari", in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1953, 920 ss., secondo cui il diritto di annullamento dei

Si è sostenuto al riguardo che il socio agisce a tutela di un diritto soggettivo all'osservanza delle norme legali e statutarie⁶¹.

Pur volendo ammettere l'esistenza di un diritto alla legalità dell'agire sociale, non sembra sia possibile ritenerlo idoneo a giustificare l'impugnativa del socio.

Ed infatti, il socio ha certamente un diritto soggettivo all'intervento in assemblea (articolo 2370 cod. civ.), che in caso di violazione ben potrebbe essere fatto valere mediante un'azione di condanna al risarcimento del danno nei confronti di chi abbia impedito l'intervento. Non è tuttavia a tutela di tale diritto che egli ha il potere di impugnare la delibera adottata in sua forzata assenza, come dimostra il rilievo che l'illegittimità di quest'ultima potrà essere invocata a fondamento dell'impugnativa anche da parte di altri soci assenti o dissenzienti, benché personalmente non impediti di intervenire⁶².

L'azionista può quindi impugnare la deliberazione invocando una violazione di norme che non lo riguarda direttamente, senza necessità di provare di essere stato leso nei propri diritti sociali.

A meno di voler identificare la posizione dell'azionista con un generalissimo diritto alla legalità dell'azione sociale⁶³ (non ritenuto comunque idoneo a giustificare un'azione privata), essa ha ben poco in comune con il diritto soggettivo inteso come

soci è un diritto mezzo che è attribuito ad essi in vista del loro interesse ad una deliberazione di diverso contenuto e conformemente, MINERVINI, "Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni", *op. cit.*, 211.

⁶¹ In questo senso, ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, 352 ss., che parla a tal proposito di diritto soggettivo a che le deliberazioni vengano prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo e afferma che qualora questo diritto soggettivo venga leso sorge nello stesso un diritto surrogatorio all'annullamento della deliberazione. Così anche VASELLI, *op. cit.*, 51, secondo cui "[...] *devesi accogliere il principio che il socio opponente eserciti un proprio diritto soggettivo [...] in quanto è innegabile che alla base dell'impugnativa trovasi sempre, inderogabilmente, un interesse del socio che è il necessario costante propulsore della sua azione, indipendentemente dal fatto che per tal modo possa trovare simultaneo soddisfacimento anche un interesse di altri soci o della società*".

⁶² In questo senso, ZANARONE, *op. cit.*, 270 s.; VILLATA, *op. cit.*, 145 s.

⁶³ Per una critica al diritto allo svolgersi dell'attività sociale in uniformità ai precetti della legge si veda, CANDIAN, *op. cit.*, 147 ss.; MANCINI, "Brevi considerazioni in tema di ammissibilità della categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato", in *Giust. Civ.*, 1966, IV, 17 ss. Per l'insussistenza di un obbligo per la società di adottare deliberazioni conformi alla legge ed all'atto costitutivo, v. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, 142; DELL'UTRI, "Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (Riflessioni sulla nozione di interesse legittimo nel diritto privato)", in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, II, 303 ss.

interesse protetto dal diritto oggettivo e pretesa di un soggetto di esigere da un altro l'osservanza di un dovere che la norma impone al secondo nell'interesse del primo⁶⁴.

Le norme che disciplinano il procedimento deliberativo, la cui violazione determina la fondatezza dell'impugnazione, delineano i limiti entro i quali si deve esercitare il potere dell'organo sociale e non sono in grado di attribuire una diretta utilità ai soci, ragion per cui il loro interesse all'osservanza delle stesse intanto assumerà rilievo in quanto strumentale al soddisfacimento di un interesse finale irriducibile al mero interesse alla legalità dell'agire sociale.

In merito al contenuto di tale interesse finale, si registra un diffuso consenso intorno all'opinione che lo individua in un interesse al merito della delibera, cioè ad un diverso contenuto della stessa⁶⁵.

Diverse sono però le opinioni in merito all'identificazione di questo diverso contenuto, il quale è stato in alcuni casi individuato in quello che meglio garantisce il buon funzionamento della società⁶⁶ o il buon andamento degli affari sociali⁶⁷.

Seppur presente nel socio un interesse al buon andamento degli affari sociali, traducendosi il successo dell'attività sociale in un vantaggio anche ad egli comune in termini, ad esempio, di incremento del valore patrimoniale delle proprie quote, non è possibile ritenere che tale interesse sia giuridicamente riconosciuto nel nostro ordinamento, nel quale, le norme disciplinanti il fenomeno deliberativo non si curano di assicurare la scelta imprenditoriale migliore e conseguentemente, non può ritenersi in tal guisa attribuita a chi ne fosse portatore un'azione individuale che gli consenta di farlo valere.

⁶⁴ COSÌ GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1999, 20.

⁶⁵ ZANARONE, *op. cit.*, 274 s.; VILLATA, *op. cit.*, 148 s., il quale osserva come la circostanza per cui gli unici azionisti titolari dell'impugnativa siano gli assenti, i dissenzienti e gli astenuti, cioè soci che hanno votato contro la deliberazione o che non hanno partecipato alla formazione o condiviso il contenuto della medesima, dimostri che l'interesse finale protetto ha ad oggetto il merito della delibera, ed è interesse ad un diverso contenuto della stessa, diverso da quello assunto anche in conseguenza della violazione delle norme che la rendono invalida.

⁶⁶ TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, 214.

⁶⁷ PAVONE LA ROSA, "Diritto di voto e diritto di annullamento delle deliberazioni assembleari", *op. cit.*, 925.

Alla luce di questi elementi appare allora dotata di maggiore credibilità la tesi che individua il diverso contenuto della delibera cui il socio impugnante aspira, non nella soluzione che garantisce il buon andamento degli affari sociali quanto piuttosto in quella che maggiormente corrisponde al giudizio di convenienza del socio medesimo in relazione alla materia oggetto di deliberazione.

Si è a tal proposito osservato come alla base dell'articolo 2247 cod. civ. vi sia l'interesse di ogni socio affinché la società venga gestita sulla base di scelte da lui condivise, in ragione del quale la legge gli riconosce un diritto di veto, cioè la possibilità di paralizzare gli atti collettivi che abbiano un contenuto diverso da quello gradito⁶⁸.

In virtù delle esigenze di funzionalità dell'attività sociale, il legislatore sacrifica però l'interesse del socio e lo comprime in favore dell'operatività del principio maggioritario, così vincolandolo alle decisioni adottate, purché esse siano state approvate nel rispetto delle regole a tal scopo stabilite.

La violazione di queste norme rende quindi nuovamente rilevante l'interesse sacrificato, e attraverso lo strumento dell'impugnativa, si consente al socio di far cadere gli effetti della delibera, così tornando ad esercitare quel potere di veto che gli sarebbe stato precluso in presenza di una delibera legittima.

L'interesse del socio al diverso contenuto della delibera riceve tuttavia tutela solo in senso negativo e non trova pertanto piena soddisfazione, dal momento che, attraverso l'impugnazione, gli sarà possibile ottenere solo la caducazione della stessa, pur gravando in capo agli amministratori obblighi di ripristino e obblighi di convocazione di una nuova assemblea che si pronunci sull'oggetto.

3.1 (Segue). La possibile assimilazione della posizione del socio nei confronti delle delibere invalide all'interesse legittimo. Criticità.

Sin dall'inizio del secolo scorso, nelle dispute intorno alla situazione soggettiva sottostante alla concessione della tutela impugnatoria avverso le

⁶⁸ ZANARONE, *op. cit.*, 275 - 276; VILLATA, *op. cit.*, 150.

deliberazioni assembleari invalide, si denunciava l'analogia con quello che veniva elaborandosi nel diritto amministrativo come interesse legittimo.

La possibile analogia della situazione giuridica soggettiva del socio di fronte alle deliberazioni assembleari invalide con l'interesse legittimo si basa sulla configurazione di un rapporto giuridico avente come termini, da un lato, l'interesse individuale del socio *uti socius*, e dall'altro lato, il potere dell'assemblea di perseguire l'interesse sociale attraverso l'esercizio del diritto di voto, considerato come potere discrezionale, in quanto necessitato nell'*an* e libero quanto al *quomodo* e cioè nella scelta degli strumenti più idonei per il suo raggiungimento in concreto⁶⁹.

Sul versante opposto, invece, si colloca l'interesse individuale del socio come limite al *quomodo* dell'esercizio del descritto potere, in aggiunta al suindicato limite oggettivo rappresentato dall'interesse sociale⁷⁰.

Al fine di poter correttamente valutare tale ricostruzione occorre prendere le mosse dalla struttura del fenomeno deliberativo.

⁶⁹ Vi è concordia in dottrina nell'attribuire ad Aurelio Candian il merito di aver prospettato per primo l'interesse legittimo in diritto commerciale, il quale vide l'esistenza negli organismi societari, accanto ai diritti soggettivi veri e propri, di situazioni aventi contenuto e struttura di interessi legittimi in quanto non tutelate in modo diretto ed esclusivo ma unicamente quale riflesso dell'interesse della società. Egli identificava in capo al socio interessi legittimi posti da quelle norme attinenti alla competenza dei singoli uffici, al modo di formazione della volontà collegiale, alla forma degli atti, che a differenza dei diritti soggettivi di cui il medesimo sarebbe titolare dovrebbero essere individuati sulla base di un criterio incentrato sul tipo di interesse tutelato dalla norma, CANDIAN, *op. cit.*, 147.

⁷⁰ Sul punto si veda SATTA, "La responsabilità per lesione di interessi legittimi", in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, I, 325 ss., secondo cui in materia di società per azioni c'è "un'amministrazione in senso ampio (consiglio di amministrazione, assemblea, ecc.) della società e c'è il socio. Non c'è dubbio che l'attività di questi organi di amministrazione si svolge nell'interesse generale della società (così come quella degli organi amministrativi si svolge nel generale interesse) e non c'è dubbio che tale attività incida nella sfera di interessi del socio, anche se è istituzionalmente legittima; la pregiudica o può pregiudicarla, può essere, per le sue particolari ed egoistiche speranze, rovinosa. Orbene, che cosa fa la legge? Essa non lascia abbandonato a se stesso il socio, ma stabilisce le regole giuridiche per l'attività amministrativa, che ne condizionano la validità (o ciò che fa lo stesso tali regole possono essere stabilite nello statuto); e al socio attribuisce l'azione di impugnativa, come ad esempio, quella relativa alle deliberazioni assembleari «che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo» di cui parla l'art. 2377. Che cosa è questo se non il perfetto corrispondente dell'interesse legittimo?".

Considera invece che tra l'interesse del socio e della società vi sia non contrapposizione bensì coincidenza in quanto la persona giuridica deve esplicare la propria attività per il perseguimento di quelle finalità che le persone dei soci si sono prefissate, MICHELI, "Sentenza di annullamento di un atto giuridico e risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi", in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, 396, il quale non nega una somiglianza superficiale con l'interesse legittimo.

Sul punto, è possibile osservare come le deliberazioni siano in grado di incidere sui rapporti di tutti i soci, anche se assenti o dissenzienti, e della società nel suo complesso, come confermato dall'articolo 2377, primo comma, cod. civ. laddove dispone che «le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci, ancorchè non intervenuti o dissenzienti».

Alla maggioranza è quindi attribuita dall'ordinamento la possibilità di incidere unilateralmente su situazioni giuridiche anche altrui, realizzando una situazione che può essere in tal senso definita di potere⁷¹.

Il rimedio impugnatorio viene ad essere utilizzato dal socio non già per la violazione di una norma posta a sua tutela (violazione di un bene ad esso appartenente o inadempimento di un obbligo puntuale) ciò equivalendo alla violazione di un suo diritto soggettivo che lo renderebbe legittimato all'esercizio delle azioni di diritto comune, ma per il mancato rispetto di regole d'azione alla cui osservanza il socio ha un interesse strumentale.

Alla base dell'impugnazione da parte del socio si è infatti avuto modo di individuare un interesse ad un diverso contenuto della stessa, ad esso maggiormente gradito e ritenuto la migliore soluzione riguardo alla materia oggetto di deliberazione⁷².

⁷¹ In argomento si veda FERRO – LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, 1993, 136 s., 153 s., per cui tutti i soci sono i titolari dell'interesse sostanziale regolato dalla deliberazione, ma il fatto che quest'ultima sia presa a maggioranza evidenzia la netta emersione di un profilo di potere inteso come idoneità dell'azione ad incidere anche su di una sfera giuridica diversa da quella degli agenti; CARNELUTTI, "Eccesso di potere nelle deliberazioni di assemblea delle anonime", in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, I, 180, il quale afferma che la legge attribuisce un potere alla maggioranza ed evidenzia la sua funzionalizzazione a realizzare l'interesse di tutti i soci; BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 321 s., che identifica il potere della maggioranza nel determinare di volta in volta che cosa in relazione alle circostanze e dato il tipo di attività svolta dalla società appaia più opportuno in vista dell'attuazione del fine fondamentale prefissato dal contratto e quindi del soddisfacimento dell'interesse sociale; C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 4, 16 ss., per cui la soggezione all'altrui potere discrezionale si riscontra ampiamente nei gruppi organizzati e in base alla regola legale questo potere spetta fundamentalmente all'organo assembleare, che delibera secondo criteri di maggioranza.

⁷² Sul punto si veda VILLATA, *op. cit.*, 300, il quale evidenzia il parallelismo tra il privato che desidera che l'amministrazione gli conceda un bene e l'azionista che desidera che gli utili vengano interamente distribuiti, rispetto ai quali identica appare la relazione tra bene della vita e soggetto impugnante.

La posizione del socio, come già evidenziato, potrà essere soddisfatta solo in senso negativo, attraverso la caducazione della deliberazione sfavorevole, non potendo l'attività dell'organo assembleare essere sostituita dall'autorità giurisdizionale, analogamente a quanto accade nella giustizia amministrativa.

Proprio tale ultimo profilo ha indotto a contestare la qualificabilità della posizione del socio come interesse legittimo, in quanto in capo allo stesso sarebbe individuabile una posizione attiva e non certo inerte, poiché il risultato dipende dal concreto comportamento dello stesso soggetto agente che vi aspira mediante l'effettivo esercizio dell'azione, e non da un comportamento discrezionale di un soggetto diverso⁷³.

In realtà, a ben vedere, l'attribuzione di un potere di reazione giudiziale in capo al titolare della situazione sostanziale non è sintomatica dell'esistenza di una posizione attiva in capo allo stesso.

La soddisfazione dell'interesse del socio impugnante è data solo da una deliberazione conforme alle sue aspettative, non certo dalla mera caducazione dell'illegittima delibera. L'annullamento consentirà infatti che sull'oggetto della delibera si provveda nuovamente, e l'interesse del socio impugnante è destinato a rimanere insoddisfatto qualora l'organo assembleare adotti un deliberato di contenuto diverso che però rispetti le norme di legge e dell'atto costitutivo⁷⁴.

⁷³ È questa la posizione assunta da IUDICA, "Comunione «condominio» e legittimazione all'impugnativa di delibere condominiali", in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1970, 806, seguendo le tesi espresse da BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 168 s., la quale non ritiene che l'art. 2377 cod. civ. riguardi sempre posizioni di interesse legittimo.

⁷⁴ Sostengono la ricostruzione in termini di interesse legittimo BUONOCORE, *op. cit.*, 156, il quale adotta una nozione di interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto; RESCIGNO, "Gli interessi legittimi nel diritto privato", in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, Napoli, 1989, 885 ss.; MANCINI, "Brevi considerazioni in tema di ammissibilità della categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato", in *Giust. Civ.*, 1966, IV, 16 s.; ALOE, "Interesse sociale e interesse del socio: spunti per una ricostruzione in termini di interesse legittimo dell'interesse individuale del socio *uti socius*", in *Riv. Dir. Comm.*, 2000, II, 378, il quale evidenzia come, da un punto di vista processualcivilistico, ciò confermi la possibilità per il socio che intenda intervenire nel giudizio in cui è parte la società di proporre esclusivamente intervento adesivo dipendente *ex art.* 105, 2° co., c.p.c.; NIGRO, *op. cit.*, 886; LIBERTINI, "Considerazioni introduttive", in BRECCIA – BRUSCUGLIA – BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, 176 s., secondo cui la figura dell'interesse legittimo costituisce un prezioso strumento di teoria generale di cui è opportuno generalizzare l'impiego nell'analisi di tutti i rapporti giuridici in cui operino soggetti investiti di potere, non importa se pubblici o privati.

Appare opportuno chiedersi se un'analoga ricostruzione sia agevolmente prospettabile anche con riferimento all'impugnazione di delibere del consiglio di amministrazione.

Si è sostenuta al riguardo l'assenza di un analogo fenomeno di potere, posto che in tal caso i titolari del potere amministrativo non sono titolari, come i soci, degli interessi regolati dalla deliberazione⁷⁵. Esso si innesta infatti nell'ambito di una funzione esercitata nell'interesse altrui ed è destinato ad incidere interamente su sfere di interesse aliene rispetto a quella del titolare del potere.

In argomento, è invece possibile osservare come l'organo amministrativo, non diversamente dalla maggioranza assembleare, possa adottare decisioni idonee a creare unilateralmente un valore idoneo a vincolare gli azionisti, sebbene questi ultimi siano in quanto tali istituzionalmente esclusi dalla partecipazione all'organo deliberante e dunque dall'esercizio del relativo potere.

In tal senso l'art. 2388 cod. civ., presuppone l'esistenza del potere dell'organo amministrativo di incidere sui diritti degli azionisti, non solo in difetto del loro consenso ma anche in difetto di partecipazione degli interessati, e attribuisce a questi ultimi, qualora tale potere sia esercitato in violazione dei loro diritti, il cui rispetto è elevato quindi a condizione di legittimazione del potere medesimo, il contropotere di impugnazione, diretto ad ottenere l'eliminazione giudiziale del valore prodotto dalla delibera lesiva⁷⁶.

Occorre però sottolineare come il riconoscimento dell'esistenza di interessi legittimi in diritto privato richieda, al fine di potere presentare dei profili di interesse sul piano sistematico, che si costruiscano dei rimedi applicabili a tali situazioni⁷⁷.

Sottolinea notevoli profili di analogia tra poteri della p.a. e potere deliberativo della maggioranza nei gruppi organizzati anche PROTO PISANI, " Appunti sulla tutela c. d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali), in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 67 s.

⁷⁵ In tal senso FERRO – LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, 1993, 153, nt. 77.

⁷⁶ Così, PINTO, *Funzione amministrativa e "diritti" degli azionisti*, Torino, 135, 202, il quale evidenzia come tale potere non possa essere sostanzialmente diverso da quello che la maggioranza esercita nei confronti della minoranza nel contesto partecipativo assembleare.

⁷⁷ LIBERTINI, "Considerazioni introduttive", in BRECCIA – BRUSCUGLIA – BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, 167 ss.

Un problema di particolare rilevanza consiste dunque nel verificare se una volta individuate situazioni di interesse eterodeterminate nel campo privatistico, la loro tutela debba esaurirsi nell'ambito dei rimedi speciali di volta in volta previsti dall'ordinamento per tali situazioni o se invece possa richiamarsi quel complesso di soluzioni e tutele consolidato con riferimento agli interessi legittimi nel diritto pubblico.

Sul punto appare quindi corretto porsi un problema di adeguatezza dei rimedi di tutela degli interessi legittimi nei confronti di poteri privati, alla luce di un testo costituzionale che detta un principio di effettività della tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi in generale (art. 24 Cost.) e si limita a confermare il principio di piena tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti dei pubblici poteri (art. 113 Cost.).

La mancanza di una tutela specifica per gli interessi legittimi di diritto privato potrebbe attribuirsi al carattere volontario delle organizzazioni private in virtù del quale i titolari di questi interessi possono, se insoddisfatti, uscire da tali organizzazioni e dar vita eventualmente ad organizzazioni concorrenti, così assecondando il *favor* dell'ordinamento per lo scioglimento di organizzazioni private viziate da irregolarità e contrasti interni e come tali inefficienti.

Seppur plausibile tale rilievo presta il fianco ad alcune critiche.

La duplicazione di un'organizzazione privata, soprattutto se dotata di particolare affermazione sul mercato, difficilmente potrà essere un obiettivo di facile realizzazione, senza contare che la moltiplicazione di realtà concorrenti è cosa non solo difficile ma anche non sempre auspicabile, in considerazione del fatto che potrebbe alimentare processi di deterioramento del sistema con un abbassamento della qualità delle prestazioni offerte e pur volendo prescindere da tale rilievo, occorre osservare che sia le organizzazioni affermate, così come quelle di minori dimensioni, possono svolgere una funzione importante per i portatori di determinati interessi, in quanto ad esempio dispongano di una risorsa essenziale per essi o perché dotate di una forte posizione sul mercato.

3.2 L'impugnativa degli organi sociali di amministrazione e di controllo.

La configurazione di un interesse individuale sotteso all'impugnativa dei soci ha condotto parte della dottrina ad individuare necessariamente lo stesso interesse alla base dell'impugnativa degli amministratori e dei sindaci, anch'essi legittimati sulla base dell'art. 2377 cod. civ., ritenendo altrimenti incongruo un sistema che attribuisca la legittimazione sulla base di un interesse individuale in un caso, e sociale nell'altro.

I componenti degli organi sociali non possono certamente considerarsi titolari del rapporto giuridico su cui va ad incidere la delibera societaria, né titolari di rapporti dipendenti, salvo ipotesi particolari, rappresentate dalle delibere che ne prevedano la revoca o che ne determinino il compenso o che ne approvino l'azione di responsabilità, le quali non bastano come tali a dar conto di una legittimazione loro spettante all'impugnativa di qualsiasi delibera societaria⁷⁸.

L'orientamento che ravvisa la *ratio* dell'impugnativa di amministratori e sindaci nella tutela di un loro interesse individuale ha trovato un importante punto di riferimento nella relazione ministeriale al codice civile (n. 975), in cui si afferma che l'interesse che giustifica l'attribuzione del loro potere di impugnare la delibera sarebbe quello di *“eliminare ogni dubbio sull'obbligo ad essi spettante di darvi ugualmente esecuzione”*.

La formula venne chiarita attraverso la tesi secondo cui sussisterebbe un interesse degli amministratori e dei sindaci a respingere da sé, in quanto provvisori, gli effetti giuridici della delibera viziata, di fronte alla quale essi si troverebbero nella *“penosa alternativa”* o di non darle esecuzione così esponendosi ad una responsabilità da inadempimento qualora la delibera conseguisse efficacia definitiva per mancato o intempestivo esercizio dell'azione da parte dei soci, oppure di eseguirla e rischiare di esporsi a responsabilità per eccesso di mandato, qualora la

⁷⁸ Così si osserva in ZANARONE, *op. cit.*, 261.

delibera perdesse retroattivamente la propria efficacia in seguito ad una sentenza di annullamento pronunciata su domanda dei medesimi soci⁷⁹.

La prospettazione di tale “*penosa alternativa*” è stata invero respinta dalla dottrina dominante sulla base dei seguenti motivi.

Se si ritiene che la delibera, pur viziata, sia interinalmente efficace e debba essere eseguita, l’eventuale successivo annullamento su iniziativa dei soci non potrebbe rendere illegittimo e quindi fonte di responsabilità un comportamento che si presentava doveroso nel momento in cui veniva posto in essere; se invece si ritiene che gli amministratori abbiano il potere o il dovere di non eseguire la delibera da essi giudicata invalida, la rinuncia dei soci all’impugnativa, conferendo piena validità alla delibera, non potrebbe configurare *ex post* come inadempimento un rifiuto di esecuzione che si presentava legittimo o addirittura doveroso⁸⁰.

Si lascia quindi preferire la tesi secondo cui il potere d’impugnazione attribuito agli amministratori e ai sindaci affondi le sue radici nel loro dovere primario di perseguire l’interesse sociale⁸¹.

Tale soluzione apparirebbe maggiormente idonea alla luce del rapporto organico che lega gli amministratori al gruppo unificato, il quale, risolvendosi in un

⁷⁹ In questo senso, MINERVINI, “Sulla legittimazione degli amministratori all’impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni”, *op. cit.*, 213, secondo cui l’unica spiegazione della legittimazione all’esercizio dell’azione di annullamento attribuita agli amministratori e ai sindaci che sia compatibile con la *ratio* ravvisata alla base della legittimazione attribuita ai soci è che essa sia riconosciuta nel loro proprio interesse.

Una variante della tesi è stata prospettata da PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1979, 194 ss., secondo cui la *ratio* della legittimazione risiederebbe nell’interesse degli amministratori a liberarsi dall’obbligo di dare esecuzione ad una delibera illegittima non in quanto tale bensì in quanto lesiva della buona gestione dell’impresa sociale, poiché solo per quest’ultima sussisterebbe un obbligo di impugnazione ai sensi dell’art. 2392 cod. civ.

⁸⁰ In questo senso soprattutto OPPO, “Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1957, I, 207 ss. sottolineando come costituisca un’ipotesi antigiusdittoria e manifestamente inaccettabile ritenere che l’amministratore possa essere esposto a responsabilità qualunque sia il comportamento da egli tenuto in rapporto all’esecuzione della deliberazione invalida, seguito da JAEGER, *L’interesse sociale*, Milano, 1964, 172 ss., nonché TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, *op. cit.*, 232 s.

⁸¹ Si esprimono in tal senso, ZANARONE, *op. cit.*, 260 ss; LENER, “L’assemblea nelle società di capitali”, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XVII, Torino, 2000, 236; STAGNO D’ALCONTRES, *op. cit.*, 185; VILLATA, *op. cit.*, 136 ss.

agire per conto della società, dovrebbe contemplare la persecuzione dell'interesse di quest'ultima⁸².

La stessa soluzione è peraltro stata accolta dalla dottrina tedesca, ove la legittimazione del *Vorstand* prevista dal § 245 dell'*Aktiengesetz* viene ricondotta alla tutela dell'interesse sociale inteso come interesse alla legittimità dell'operato dell'assemblea⁸³, sebbene la normativa riconosca la legittimazione anche in capo ai singoli membri dell'organo amministrativo e di quello di controllo nell'ipotesi in cui l'esecuzione della deliberazione impugnabile comporti responsabilità civile o penale per gli stessi⁸⁴.

Nel nostro ordinamento la fonte del potere - dovere di impugnativa a tali organi spettante potrebbe invero essere rinvenuta nelle norme che ne disciplinano le rispettive funzioni.

Si pensi alla responsabilità degli amministratori che «essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose» (art. 2392, secondo comma, cod. civ.) o al compito dei sindaci di «vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo» (art. 2403 cod. civ.).

La legittimazione degli organi di amministrazione e di controllo potrebbe trovare un fondamento unitario nel dovere sugli stessi incombente di perseguire l'interesse sociale.

In questo senso, compito dell'organo amministrativo non sarà quello di valutare l'astratta contrarietà dell'atto alla legge o all'atto costitutivo, quanto

⁸² Non si ritiene possa obiettarsi a tale ricostruzione che la riconduzione dell'impugnativa di amministratori e sindaci al rapporto organico fra essi e la società significhi sostenere che in tal modo sarebbe la stessa società ad insorgere attraverso l'impugnativa di un proprio organo contro una sua manifestazione di volontà espressa attraverso un altro organo.

Sul punto, SALAFIA, "Rapporti interorganici nella s.p.a. e loro effetti sulla società", in *Società*, 1984, 142 ss., che ritiene sia perfettamente ipotizzabile un contrasto fra due organi della persona giuridica nella determinazione dell'interesse di quest'ultima.

⁸³ Così HÜFFER, *Sub §245, Aktiengesetz Beck'sche kurz Kommentare*, München, 2004, 1115; SCHMIDT, *Sub §245 in Großkommentar zum Aktiengesetz*, Berlin - New York, 1995, 111; ZÖLLNER, *Sub § 245, in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 845 ss.

⁸⁴ «Zur Anfechtung ist befugt: [...] 4. Der Vorstand; 5. Jedes Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats, wenn durch die Ausführung des Beschlusses Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats eine strafbare Handlung oder eine Ordnungswidrigkeit begehen oder wenn sie ersatzpflichtig werden würden».

piuttosto quello di interrogarsi sulla conformità di una deliberazione illegittima rispetto all'interesse sociale e pertanto decidere di impugnarla qualora l'annullamento della stessa risulti più funzionale nel caso concreto al perseguimento di quell'interesse⁸⁵.

Allo stesso modo, per ciò che concerne gli organi di controllo, l'impugnazione della delibera invalida costituisce uno strumento di reazione che l'ordinamento pone a loro disposizione in caso di violazioni all'osservanza della legge, sulla quale sono chiamati a vigilare. Di tali irregolarità essi dovranno pur sempre valutare l'incidenza sull'assetto e sul concreto operare della società, non potendo neanche costoro sottrarsi ad una valutazione comparativa dei possibili benefici e degli eventuali effetti pregiudizievoli che dall'esercizio di una siffatta azione potrebbero conseguire per quei medesimi interessi che dalla legge essi sono chiamati a tutelare⁸⁶.

Resta aperto il problema di definire cosa si intenda per interesse sociale, argomento rispetto al quale è nota la *querelle* esistente fra gli studiosi del diritto commerciale, divisi tra sostenitori di una teoria istituzionalistica per cui vi sarebbe un interesse sociale diverso e superiore rispetto all'interesse di tutti i soci, individuato nell'interesse dell'organizzazione autonoma generata dal contratto sociale e dunque contrapposta e scissa dalle persone dei soci e dai loro interessi individuali, e fautori di una teoria contrattualistica per cui l'interesse sociale coincide con quello comune a

⁸⁵ Così RORDORF, "Impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari", *op. cit.*, 1203, secondo cui il fondamento logico di siffatta legittimazione va ricercato "*nell'interesse della stessa società, per i molteplici riflessi che possono derivarne nei riguardi dei terzi e del mercato in genere: interesse cui dunque la legge mostra qui con chiarezza di voler attribuire un rilievo autonomo rispetto a quello dei soci*"; CAVALLI, "*Il collegio sindacale*", in COLOMBO – PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. III, t. 2, Torino, 1993, 132; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, 458 ss.

Sul punto anche VILLATA, *op. cit.*, 140, nota 78, il quale sottolinea come non sia affatto scontato che il dovere di perseguire l'interesse sociale imponga sempre e comunque l'impugnazione di una delibera invalida, potendo al contrario l'iniziativa giudiziale in alcuni casi cagionare maggiori danni alla vita della società. In tal caso sarebbe più funzionale alla tutela dell'interesse sociale che l'organo amministrativo tenti di risolvere in forma "endosocietaria" la situazione creatasi con l'adozione di una deliberazione invalida, convocando ad esempio immediatamente l'assemblea per l'emanazione di un deliberato di revoca o sostituzione del precedente, e solo in caso di insuccesso, impugnare le decisioni invalide.

⁸⁶ Così RORDORF, *Sub art. 2377 cod. civ.*, in D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, vol. II, t. 1, Padova, 2010, 854 s.

tutti i soci attuali, da alcuni specificato come l'interesse comune dei soci *uti socii*⁸⁷, alla migliore realizzazione dello scopo sociale comune mediante lo strumento dell'organizzazione societaria.

La nozione di interesse sociale ha animato il dibattito dottrinario sin dal vigore del codice di commercio del 1882, imponendo uno studio della posizione del socio rispetto alla società come membro di un gruppo organizzato, con ciò involgendo l'analisi strutturale dei gruppi di diritto privato e della teoria della persona giuridica⁸⁸.

L'adesione all'una o all'altra impostazione rileva al fine di risolvere alcuni problemi concernenti la legittimazione degli amministratori ad impugnare le deliberazioni, quali l'obbligatorietà o meno dell'impugnativa e la collegialità dell'azione, su cui ci soffermeremo nel capitolo seguente.

In corrispondenza delle due diverse impostazioni si avrà infatti la negazione o l'ammissione dell'alterità soggettiva fra gruppo e membro dello stesso, ovverosia fra socio e società: chi considera il gruppo organizzato *ens tertium* ammette l'alterità fra i due e considera l'essere membro del gruppo una modalità di essere titolare di determinati rapporti giuridici in comune con altri soggetti; chi invece nega

⁸⁷ In origine la distinzione atteneva alla qualificazione giuridica della s.p.a. come contratto o istituzione e solo conseguenzialmente al tema dell'interesse sociale.

In argomento si veda JAEGER, *L'interesse sociale*, op. cit.; ASCARELLI, "Interesse sociale e interesse comune nel voto", in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 163; MIGNOLI, "L'interesse sociale", in *Riv. Soc.*, 1958, 748; MINERVINI, "Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio", in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, I, 319.

⁸⁸ La teoria della persona giuridica rappresenta uno dei capitoli più rilevanti del diritto civile rispetto al quale l'evoluzione interpretativa è stata segnata da diverse fasi, a seguito delle quali la dottrina si è divisa tra i fautori della teoria della finzione che considerano la persona giuridica un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici e quanti al contrario hanno elaborato la teoria contrattualista che considera la persona giuridica un'espressione di sintesi di una disciplina speciale di determinati rapporti giuridici. Quest'ultima prospettiva si è rivelata nel tempo preferibile nella convinzione che soggetti di diritto possano considerarsi solo quelli "nati da ventre di donna" (così ASCARELLI, "Personalità giuridica e sua portata", in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 235 ss.)

In argomento si veda PREITE, "Abuso di maggioranza e conflitto di interessi nel socio nelle società per azioni", in COLOMBO – PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. III, t. 2, Torino, 1993, 3 ss.; GALGANO, "Le società per azioni", in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, VII, Padova, 1988, 61 ss.; *Id.*, "Delle persone giuridiche" (artt. 11 - 35), in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1969, 1 ss.; *Id.*, *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1999, 181 ss.

soggettività autonoma al gruppo, rifiuta anche l'alterità in oggetto e considera le situazioni del gruppo come situazioni dei membri del gruppo.

La teoria istituzionalista, nata oltralpe a cavallo fra il XIX e il XX secolo soprattutto ad opera di Walter Rathenau, il quale fu tra i primi a teorizzare la supremazia dell'interesse dell'impresa in sé attraverso argomentazioni di matrice autoritaria e corporativa (teoria dell'*Unternehmen an sich*)⁸⁹, considera quindi l'interesse sociale separato dall'interesse dei singoli soci.

La concezione base di tale teoria è stata sottolineata dallo stesso Rathenau con la celebre frase attribuita ad un amministratore della *Nord – Deutscher Lloyd* il quale pare aver replicato alle proteste degli azionisti che reclamavano dividendi più cospicui, che interesse primario della società non era distribuire dividendi agli azionisti bensì far navigare i battelli sul Reno⁹⁰.

All'interno della stessa è poi possibile individuare due nuclei interpretativi di riferimento: il primo considera l'interesse sociale come la somma dell'interesse dei soci e di quello di altre categorie di soggetti individuati di volta in volta nei lavoratori dipendenti, nei risparmiatori, nei soci futuri e nei creditori⁹¹; il secondo pone l'accento sull'interesse sociale inteso come interesse superiore a quello dei soci, nell'ambito del quale occorre distinguere la posizione di quanti aderendo alla teoria della finzione della persona giuridica personificano la società, da quella di quanti tutelano l'interesse della società come interesse dell'impresa in sé alla crescita economica e alla massimizzazione del profitto prodotto.

⁸⁹ “Vom Aktienwesen: eine geschäftliche Betrachtung”, in *Riv. Soc.*, 1960.

⁹⁰ Su cui cfr. ASQUINI, “I battelli del Reno”, in *Riv. Soc.*, 1959, 617 ss.

Nel nostro ordinamento largo è stato il seguito riscosso dalla teoria in questione nella giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che le società di capitali in quanto aventi una spiccata personalità giuridica propria non si atteggiavano come una mera comunione di interessi di cui i soggetti siano i soci e soltanto i soci attuali, ma come la personificazione di un interesse superiore e distinto, non sempre e necessariamente coincidente con quello dei soci predetti, e appunto perché tale, oggetto di un'autonoma tutela giuridica, rispetto alla quale ben è configurabile l'ipotesi di un conflitto d'interessi dell'ente e quello della stessa totalità dei soci. Così cfr. Cass., 20 giugno 1958, n. 2148, in *Foro it.*, 1959, I, 1159; Cass., 25 ottobre 1958, n. 3471, in *Foro it.*, 1959, ; Cass., 11 marzo 1993, n. 2958, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, II, 311 s.

⁹¹ Tesi ritenuta affetta da una debolezza di fondo dovuta all'assenza nella disciplina italiana di ogni forma di autotutela giudiziaria rispetto alle deliberazioni assembleari da parte dei soggetti titolari di tali interessi, così PREITE, *op. cit.*, 9 ss.

Si tratta di una teoria che risente evidentemente dell'economia dell'epoca in cui è venuta ad esistenza, nella quale veniva attuato un penetrante intervento dello stato ispirato da un forte dirigismo economico e destinato a sfociare nelle politiche economiche dei regimi autoritari europei. Come tale, essa presenta la tendenza a ridurre al minimo i diritti degli azionisti nella convinzione che i soci, dominati da egoistici scopi di profitto personale, se possedessero ampi poteri non farebbero prevalere l'interesse superiore della società, ma al contrario cercherebbero di perseguire i propri obiettivi individuali⁹².

Sul versante opposto si pone la teoria contrattualistica che, prendendo le mosse dalla negazione dell'esistenza di un'impresa sociale in sé dotata di un interesse autonomo da quello dei singoli componenti, considera l'interesse sociale come l'interesse comune dei soci all'esercizio dell'attività economica oggetto del contratto sociale.

Sulla base di un fondamento normativo rappresentato dall'articolo 2247 cod. civ., nonché sulla matrice contrattuale dell'istituto societario, l'interesse sociale diviene quindi il complesso di tutti gli interessi del socio in quanto parte del contratto sociale (interesse alla massimizzazione del profitto inteso come massimizzazione del valore aggregato delle azioni e non del valore del patrimonio della società⁹³, interesse alla percezione dei dividendi nel corso dell'attività sociale, interesse all'influenza e al controllo della gestione sociale, interesse alla determinazione del grado di rischio dell'attività sociale, interesse alla correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto).

⁹² Per una disamina dei profili di criticità della teoria istituzionalistica si veda ALOE, *op. cit.*, 353 ss., il quale sottolinea che non pare possibile rinvenire tracce concrete di questa teoria nel codice civile, atteso che le norme nelle quali parte della dottrina ha ritenuto di intravederle (artt. 2377 e 2409 cod. civ.), assegnando alle stesse la funzione di limiti esterni all'agire sociale, rappresentano a ben vedere limiti interni, costituenti strumento in mano ai soci di minoranza per operare una forma di controllo endosocietario dell'azione della maggioranza.

⁹³ Sul punto v. PREITE, *op. cit.*, 24 s., il quale evidenzia come il socio in quanto è giuridicamente colui che conferisce beni o servizi al fine di ricavare da essi un utile, non può avere alcun interesse all'accrescimento del patrimonio sociale se a ciò non corrisponde un accrescimento della redditività del suo conferimento, ritenendo che sostenere altrimenti significhi “*continuare a pensare in termini di interesse dell'impresa in sé e non in termini di interesse dei soci*”.

La realizzazione dell'interesse individuale potrà quindi essere raggiunta al meglio solo attraverso la realizzazione dell'interesse del gruppo nella cui organizzazione il singolo, aderendo al contratto sociale, è inserito. Ciò giustifica la subordinazione degli interessi individuali al comune interesse di gruppo e l'eventuale sacrificio dei primi per la migliore realizzazione del secondo.

Spostando nuovamente la nostra attenzione sulla legittimazione di amministratori e sindaci, potrebbe ritenersi che la spiegazione che la definisce sulla base di un interesse sociale sia in contrasto con quella che pone alla base della legittimazione del socio un interesse personale del medesimo⁹⁴.

In realtà, se l'interesse sociale è quello a tutela del quale è posta la norma che la delibera ha violato, è plausibile che la tutela di tale interesse sia assicurata sia direttamente, attraverso coloro che si fanno portatori dello stesso interesse leso, sia indirettamente, attraverso l'azione di chi è portatore di un interesse individuale connesso⁹⁵.

La concomitanza di due diverse azioni aventi come obiettivo finale il ripristino della legalità violata seppur sulla base di interessi diversi, consente di spiegare il ridotto termine concesso al socio rispetto al regime di diritto comune (termine trimestrale di decadenza dell'impugnativa del socio *vs* termine quinquennale di prescrizione dell'azione di annullamento contrattuale).

⁹⁴ In questo senso MINERVINI, "Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni", *op. cit.*, 207 ss., il quale sulla base di questa presunta contraddizione ritiene che l'iniziativa di amministratori e sindaci non possa che basarsi su di un interesse personale.

⁹⁵ Rilevano la mancanza di contraddizione, OPPO, "Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide", *op. cit.*, 228; GRIPPO, "L'assemblea nella società per azioni", *op. cit.*, 421, il quale pur ritenendo che la legittimazione di amministratori e sindaci sia prevista nell'interesse personale di costoro di evitare di trovarsi costretti a dare esecuzione a delibere illegali, così soddisfacendo l'interesse della società alla legittimità delle deliberazioni, afferma che "*non necessariamente v'è contraddizione nell'individuare un duplice interesse, individuale e sociale, sotteso all'impugnativa [...] Entra in gioco, in questa materia, una pluralità di interessi fra loro funzionalmente coordinati, sicchè rischia di essere semplicistico ravvisare un collegamento immediato fra interesse sociale e legittimazione all'impugnativa: un conto è, infatti, il fine ultimo che il legislatore intende perseguire, altro sono i mezzi e gli strumenti che lo stesso legislatore appresta allo scopo. Ricordando la lezione ascarelliana, non di rado la difesa dell'interesse sociale è affidata, in via mediata, a chi ha un interesse personale all'iniziativa*".

In quest'ottica, infatti, l'affievolimento di tutela può ritenersi compensato dall'azione degli amministratori e dei sindaci, che perseguendo l'interesse sociale, tutelano, seppur indirettamente, anche l'interesse particolare del socio.

È pur vero che anche essi dispongono di un potere d'iniziativa soggetto ad un termine di decadenza, ma, in quanto a conoscenza degli *interna corporis* dell'ente dispongono di un potenziale di reazione che gli consente di agire in tempi ben più rapidi rispetto ai soci, i quali, spesso ignari per assenteismo, incompetenza o trascuratezza, trovano così tutela indiretta nell'iniziativa di chi per definizione dovrebbe essere più vigile sulle dinamiche della vita societaria⁹⁶.

3.3 L'impugnativa del terzo. (Rinvio).

La tutela di terzi estranei alla compagine sociale, diversi dai soggetti direttamente titolari del rapporto controverso, dovrebbe ritenersi circoscritta agli strumenti azionabili in forza del rapporto incardinato dalla società in esecuzione della delibera viziata ovvero, ove l'esecuzione di detta delibera abbia cagionato un danno ingiusto, all'azione risarcitoria.

In altri termini, un soggetto terzo sia rispetto al rapporto fra i soci e la società che a quello tra la società e i suoi organi, dovrebbe prospettare la titolarità di una situazione giuridica qualificata da una correlazione agli effetti della deliberazione impugnata.

L'interesse correlato a tale impugnativa è quindi legato agli effetti che la delibera viziata ha prodotto o può produrre nella sfera giuridica dell'impugnante, non essendo sufficiente un generico interesse all'eliminazione delle invalidità o più specificamente al corretto svolgimento dell'attività sociale, e che deve sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere per tutta la durata del processo.

⁹⁶ Affermava che l'iniziativa di amministratori e sindaci ha il risultato di ovviare all'inerzia di soci assenteisti, incompetenti, pigri o ignari, TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, op. cit., 241.

L'eventuale terzo che intenda impugnare la delibera societaria viziata dovrebbe quindi dimostrare l'esistenza di un interesse concreto ed attuale a conseguire attraverso il giudizio d'impugnazione un risultato pratico giuridicamente apprezzabile, in termini di ottenimento di un vantaggio o di riduzione di un pregiudizio⁹⁷.

Occorrerebbe quindi che la delibera viziata incida negativamente sulla sfera giuridica del soggetto impugnante e che sussista un rapporto di causalità tra il vizio lamentato e tale lesione.

In questi termini dovrebbe allora intendersi l'interesse cui nel nostro ordinamento l'art. 2379 cod. civ. attribuisce, per le cause d'invalidità in esso previste e limitatamente alle delibere societarie di natura assembleare, funzione legittimante.

È l'ampia formulazione contenuta nella suindicata norma, che attribuisce la legittimazione a chiunque vi abbia interesse, e per la cui disamina si rinvia al capitolo seguente, ad aprire infatti verso la legittimazione di delibere assembleari da parte di terzi estranei alla compagine sociale, nonché dei soggetti tradizionalmente esclusi dall'esercizio dell'azione di cui all'art. 2377 cod. civ.

4. Autonomia delle categorie d'invalidità delle delibere societarie e specialità della legittimazione all'impugnativa.

Emerge dalle pagine del codice civile l'assenza di una vera contrapposizione tra la disciplina dell'annullabilità e quella della nullità delle deliberazioni assembleari, che appaiono come due assimilabili mezzi di impugnazione⁹⁸.

⁹⁷ In argomento v. Cass., 25 marzo 2003, n. 4372, in *Foro it.*, 2003, I, 2741; Cass., 20 luglio 2007, n. 16159, in *Società*, 2008, 12, 1483, ove un esempio di negazione dell'interesse del terzo ad impugnare; Trib. Varese, 12 dicembre 2006, in *Il merito*, 2007, 6, 21.

⁹⁸ Così CONTE, "Osservazioni sul nuovo regime di disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari", in *Contr. e impr.*, 2003, 655; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 100 ss.; RORDORF, *Sub art. 2377 c.c.*, op. cit., 839.

Comune ad entrambe è infatti una qualificazione in termini di impugnativa, e quindi strumento per rimuovere la deliberazione ed eliminare l'efficacia che essa è in grado di svolgere per l'attività sociale.

Ciò emerge chiaramente in tema di nullità laddove la deliberazione assembleare «può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse» (articolo 2379, primo comma, cod.civ.), mentre prima, come stabilito per i contratti, poteva «essere fatta valere» da chiunque vi avesse interesse (articolo 1421, richiamato dal vecchio articolo 2379, secondo comma, cod. civ.).

Proprio la disciplina in materia di nullità è quella che evidenzia il maggiore distacco rispetto alle regole dettate dal codice civile in materia di nullità dei contratti e, al tempo stesso, l'assimilabilità tra le due forme di invalidità delle deliberazioni⁹⁹.

Ed infatti la riforma del 2003, da un lato ha collocato tra i casi di nullità talune violazioni del procedimento assembleare di più accentuata gravità (mancata convocazione e mancanza del verbale), ampliando in tal modo un paradigma in passato riservato ai soli vizi riguardanti il contenuto della delibera, e dall'altro lato ha previsto per esse delle forme specifiche di sanatoria, di cui all' articolo 2379 *bis* cod. civ., le quali attenuano il rigore degli effetti della nullità e, correlativamente, accentuano il distacco dal regime della nullità negoziale, che già caratterizza l'intera area dell'invalidità in materia societaria.

All'imprescrittibilità dell'azione di nullità dei contratti si contrappone poi il termine triennale per impugnare la deliberazione nulla (salvi i casi di deliberazioni che modificano l'oggetto sociale, prevedendo attività illecite o impossibili, le quali possono essere impugnate senza limiti di tempo) suscettibile di diventare ancora più breve nell'ipotesi prevista dall'articolo 2379 *ter*, primo comma, del codice civile¹⁰⁰.

⁹⁹ SCHLESINGER, "Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003", *op. cit.*, 602, che al riguardo si chiede come mai il legislatore abbia voluto conservare nelle società per azioni dopo la riforma la qualifica di "nullità", ritenendo non giustificata la scelta di un termine di cui viene tradita una lunga storia legata a specifiche caratteristiche, che rende complicato ed equivoco il lavoro di interpreti ed operatori.

¹⁰⁰ «Nei casi previsti dall'articolo 2379 l'impugnativa dell'aumento di capitale, della riduzione del capitale ai sensi dell'articolo 2445 o della emissione di obbligazioni non può essere proposta dopo che siano trascorsi centottanta giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese o, nel caso di mancata convocazione, novanta giorni dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale la deliberazione è stata anche parzialmente eseguita».

Il riformatore ha inoltre introdotto forme di recupero dell'invalidità della deliberazione assembleare (articolo 2379 *bis*¹⁰¹ e 2377, settimo e ottavo comma¹⁰², cod. civ. applicabile anche alla nullità ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 2379 cod. civ.) e ha previsto che alcune deliberazioni particolarmente incisive per l'assetto societario (di aumento, di riduzione del capitale o di emissione di obbligazioni), pur se qualificate invalide non possano più essere impugnate a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese (la quale costituisce un limite anche all'invalidità delle delibere che approvano un'operazione di fusione *ex art. 2504 quater* cod. civ., trasformazione *ex art. 2500 bis* cod. civ. o scissione *ex art. 2506 ter* cod. civ.) o di una anche solo parziale esecuzione.

Dalla considerazione di tali elementi nasce il convincimento che le categorie di invalidità delle delibere assembleari non si distinguano per un'efficacia precaria ed eliminabile da un lato ed un'inefficacia assoluta dall'altro lato, quanto piuttosto sotto il profilo dei termini per proporre l'impugnazione («novanta giorni dalla data della deliberazione ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro novanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro novanta giorni dalla data di questo» nei casi di «annullabilità» di cui all'art. 2377 cod. civ. e «tre anni dalla sua iscrizione o deposito nel registro delle imprese, se la deliberazione vi è soggetta, o dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, se la deliberazione non è soggetta né a iscrizione né a deposito» per le ipotesi di nullità di cui all'art. 2379 cod. civ.) e dei soggetti cui è attribuita la relativa legittimazione (soci assenti, dissenzienti o astenuti, amministratori, consiglio di sorveglianza e collegio sindacale nei casi di

¹⁰¹ «L'impugnazione della deliberazione invalida per mancata convocazione non può essere esercitata da chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea.

L'invalidità della deliberazione per mancanza del verbale può essere sanata mediante verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva. La deliberazione ha effetto dalla data in cui è stata presa, salvi i diritti dei terzi che in buona fede ignoravano la deliberazione.»

¹⁰² «L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.

L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto [...].».

“annullabilità” e chiunque vi abbia interesse in quelli di “nullità”), e che comune alle stesse sia una qualificazione in termini di impugnativa, unitaria per quanto riguarda il *petitum*, in quanto in entrambi i casi costituente strumento per rimuovere la deliberazione, e differenziata sotto il profilo della *causa petendi* e cioè del vizio fatto valere, nonché della legittimazione e del termine per proporla¹⁰³.

Questa prospettiva di unitarietà appare ancor più evidente in materia di società a responsabilità limitata, ove l’articolo 2479 *ter* del codice civile, pur riproducendo, con specifici adattamenti, le norme in materia di deliberazioni assembleari di società per azioni, evidenzia il distacco dai principi di diritto comune sulla patologia negoziale, attraverso il superamento della distinzione tra nullità e annullabilità e la configurazione di una disciplina unitaria dei mezzi di impugnativa avverso le decisioni viziate¹⁰⁴.

Alla luce della normativa vigente, la contrapposizione tra nullità e annullabilità non sembra trovi giustificazione alcuna neppure nel tradizionale orientamento giurisprudenziale che suole distinguerle sulla base dell’interesse leso dal vizio della decisione: interesse generale nel caso di vizio di nullità, e interesse dei soci o gruppi di essi nel caso di annullabilità¹⁰⁵.

¹⁰³ In questo senso PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, op. cit., 221 e ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 102.

Tale convincimento non è tuttavia pacifico in dottrina e in argomento si veda STAGNO D’ALCONTRES, op. cit., 213 ss., secondo cui “il fatto che siano state rese applicabili, ad entrambe le categorie legali d’invalidità delle delibere, alcune regole atte a rendere il sistema compatibile con le esigenze specifiche dell’ordinamento settoriale, non giustifica la conclusione che la graduazione delle ipotesi d’invalidità sia ormai solo nominale e che la legge abbia dato corso all’unificazione di esse in un’unica categoria”.

¹⁰⁴ In argomento si veda PALMIERI, op. cit., 149, secondo cui nell’articolo 2479 *ter* c.c. emergono con evidenza maggiore, rispetto agli articoli 2377 e seguenti, quelli che appaiono due punti fermi in materia: il definitivo distacco dai principi di diritto comune sulla patologia negoziale e l’articolazione della disciplina sulla base della gravità attribuita al vizio anziché su quella dell’appartenenza dello stesso ad una predeterminata categoria dogmatica; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 102.

¹⁰⁵ In tal senso v. Cass. 23 gennaio 1978, n. 297, in *Giur. Comm.*, 1979, II, 351, con nota di JAEGER; Cass., 23 marzo 1993, n. 3458, *Giur. Comm.*, 1994, II, 372; Cass., 22 luglio 1994, n. 6824, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 440; Cass., 13 aprile 2005, n. 7663, in *Società*, 2005, 983 ss.; Cass., 27 luglio 2005, n. 15721, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass., 2 aprile 2007, n. 8222, in *Foro it.*, 2007, 10, 1, 2737 ss.; Cass., 24 luglio 2007, n. 16390, in *Società*, 2008, 44; Cass., 7 novembre 2008, 26842, in *Giur. Comm.*, 2010, II, 256 ss.; App. Salerno, 30 dicembre 2003, in *Corti salernitane*, 2004, 380; Trib. Catania, 27 febbraio 1982, in *Giur. Comm.*, 1983, II, 778 ss.

Il punto di partenza di codesta impostazione risiede nell'individuazione della *ratio* sottostante alle differenze di ordine pratico che il legislatore fa discendere da nullità e annullabilità, le quali riguardano le persone legittimate a far valere l'invalidità, la possibilità di rilevare d'ufficio il vizio, gli effetti prodotti dalla deliberazione prima che una sentenza ne sancisca l'invalidità, il termine per l'esercizio dell'azione e la possibilità di convalida.

Secondo tale orientamento, la *ratio* sarebbe quindi quella di attribuire ad una collettività ristretta, entro un breve termine, la tutela di situazioni giuridiche la fonte delle quali sono norme dirette a proteggere un singolo individuo o una cerchia delimitata di persone, e di riservare invece a chiunque vi abbia interesse e senza limiti temporali la possibilità di far valere la violazione di disposizioni dettate nell'interesse generale, che trascende quello del singolo socio, e dirette ad impedire una deviazione dallo scopo essenziale economico pratico del rapporto di società. Si avrà quindi nullità nel caso di violazioni di norme inderogabili che tutelano direttamente ed immediatamente un interesse pubblico, ed annullabilità per vizi la cui disciplina tutela invece interessi individuali¹⁰⁶.

In dottrina v. ASCARELLI, "Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti", in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 104; TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, op. cit., 44; ZANARONE, op. cit., 419 ss.; VASELLI, op. cit., 31 s., secondo cui "un atto è nullo se la norma che ne commina l'invalidità mira alla tutela di un interesse generale della collettività; è annullabile se essa vuole tutelare un singolo individuo o una cerchia limitata di persone, pur potendosi, con tale tutela, soddisfare in via mediata anche un interesse generale", e a ciò ritiene pienamente rispondente la diversità di legittimazione. Nel caso di nullità, essendosi violata una norma dettata per la tutela di un interesse generale, la legge concede l'azione a chiunque possa vantare la lesione di un suo diritto, mentre in ipotesi di annullabilità, poiché la lesione colpisce soltanto una cerchia ristretta di persone indicate dalla legge, il diritto di impugnativa è a queste limitato.

In senso critico v. GRIPPO, "L'assemblea nella società per azioni", op. cit., 425 s., il quale considera tale distinzione una deviazione dall'essenza del sistema di norme relative all'invalidità delle delibere assembleari per due ordini di motivi: in primo luogo per la contraddittorietà di norme cogenti preordinate alla tutela dell'esclusivo interesse del socio, dal momento che se quest'ultimo fosse l'unico tenuto in considerazione dal legislatore, il sacrificio del principio di autonomia si rivelerebbe del tutto ingiustificato; in secondo luogo, poiché la deroga ai principi di diritto comune sancita dall'articolo 2377 cod. civ. acquista un senso solo in quanto la regola dell'annullabilità venga fatta valere come sanzione per la violazione di qualsiasi norma imperativa, comprese quelle volte a tutelare interessi generali; CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 229 ss.

¹⁰⁶ Così VASELLI, op. cit., 34, il quale sottolinea che la diversità di legittimazione è pienamente rispondente al principio dell'intensità dell'interesse. In senso analogo TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, op. cit., 27 ss.

L'impossibilità di sostenere siffatto orientamento è invero agevolmente riscontrabile nel fatto che la nullità è stata prevista dal legislatore del 2003 per un'ipotesi quale la mancanza di convocazione¹⁰⁷, in cui oggetto primario di tutela è un interesse appartenente ai soci¹⁰⁸, i quali vi possono rinunciare manifestando la loro univoca volontà allo svolgimento dell'assemblea, sicchè il criterio utilizzato dalla giurisprudenza sembra trovare nel sistema un'esplicita smentita¹⁰⁹.

Parimenti ingiustificata appare inoltre una distinzione fondata sulla natura sostanziale o procedimentale del vizio della decisione¹¹⁰ considerato che taluni vizi attinenti al procedimento, come la mancanza di convocazione, costituiscono una causa di nullità, mentre altri, come la mancanza del verbale, possono dar luogo a nullità nel caso in cui inficino una delibera adottata da un'assemblea di s.p.a. e ad annullabilità qualora invece inficino una delibera adottata dall'assemblea di una s.r.l.

La tradizionale contrapposizione privatistica in termini di legittimazione tra soggetti determinati e chiunque vi abbia interesse, permane quindi nelle pagine del codice dedicate all'impugnativa di delibere assembleari e decisioni dei soci (non invece in quelle relative alle delibere del consiglio di amministrazione), ma non trova corrispondenza in una altrettanto tradizionale contrapposizione tra interesse di carattere generale e interesse particolare leso dalla delibera.

¹⁰⁷ La mancanza di convocazione come vizio comportante la nullità trova un sicuro precedente nel §241 dell'*Aktiengesetz* il quale sanziona il mancato rispetto di determinate formalità specificamente individuate «Ein Beschluss der Hauptversammlung ist [...] nur dann nichtig, wenn er 1. In einer Hauptversammlung gefasst worden ist, die unter Verstoß gegen §121 Abs. 2 und 3 Satz 1 oder Abs. 4 einberufen war [...]», su cui v. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Köln, 1986, 653 ss.; HÜFFER, *Beck'sche Kurz Kommentare*, Band 53, *Aktiengesetz*, München, 2004, 1161 ss.

¹⁰⁸ Ritiene che il potere di impugnare la delibera per anomalie della convocazione è riconosciuto in funzione esclusiva della tutela dell'interesse di chi ha diritto di essere convocato, LA SALA, Art. 2379 *bis* c.c., in ABBADESSA – PORTALE – CARIELLO – TOMBARI (a cura di), *Le fonti delle s.p.a.*, Milano, 2013.

¹⁰⁹ Evidenza come la distinzione tra diversi interessi tutelati dalle norme non soddisfi e non trovi alcun fondamento nel sistema delineato dal Codice, VILLATA, *op. cit.*, 77 ss., nonché SCHLESINGER, "Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003", *op. cit.*, 605.

¹¹⁰ Distinzione utilizzata da FERRO - LUZZI, "La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo", in GAMBINO – LIBONATI (a cura di), *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1993, 125 ss., per giungere ad una contrapposizione tra annullabilità e nullità fondata sul profilo rispetto al quale incide il vizio: dell'attività – procedimento nel caso di annullabilità, del valore nel caso di nullità.

Il sistema di invalidità delle delibere societarie si presenta quindi come un sistema speciale, che la riforma del 2003 ha profondamente modificato, contribuendo ad accentuarne i caratteri di peculiarità, dei quali la legittimazione all'impugnazione rappresenta un significativo elemento.

Decisivo al riguardo è il rilievo per cui nell'ambito del diritto societario, un medesimo vizio della decisione può essere causa di nullità o annullabilità a seconda del contesto in cui essa è adottata.

Si pensi ad una delibera di emissione di obbligazioni di una s.p.a. che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, adottata in violazione dei limiti posti dall'articolo 2412 cod. civ. e quindi lesiva di un interesse generale, la quale sarà soggetta alla disciplina di cui all'articolo 2388 cod. civ. nel caso in cui venga approvata dal consiglio di amministrazione con conseguente restrizione della legittimazione ad impugnare al collegio sindacale, agli amministratori assenti o dissenzienti e ai soci se lesive dei loro diritti nel termine di novanta giorni, mentre sarà regolata dagli articoli 2379 e 2379 *ter* cod. civ. laddove approvata dall'assemblea ordinaria, il che ne consentirà l'impugnazione da parte di chiunque vi abbia interesse nel termine di centottanta giorni.

E ancora si pensi alle delibere per le quali si configuri la mancanza del verbale, le quali sono sottoposte al regime della nullità se approvate dall'assemblea di s.p.a. (articolo 2379, primo comma, cod. civ.) con conseguente legittimazione di chiunque vi abbia interesse nel termine di tre anni, e a quello dell'annullabilità se adottate dai soci di s.r.l. (articolo 2479 *ter*, primo comma, cod. civ.) e quindi impugnabili da parte dei soci che non vi hanno consentito, da ciascun amministratore e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro trascrizione nel libro delle decisioni dei soci.

Delineati così i contorni del sistema di invalidità delle delibere societarie e la specialità della relativa legittimazione all'impugnativa, pare quindi opportuno procedere con una disamina, organo per organo, caso per caso, dei soggetti cui il legislatore ha attribuito siffatta legittimazione, nel tentativo di comprendere se,

nonostante l'apparente frammentarietà del sistema, sia ravvisabile in esso un filo comune.

CAPITOLO TERZO

I SOGGETTI LEGITTIMATI ALL'IMPUGNATIVA

SOMMARIO: SEZIONE I: *I Soci* – 1. I presupposti della legittimazione dei soci all'impugnativa delle delibere assembleari: la qualità di socio assente, dissenziente o astenuto. – 1.1 (*Segue*). L'interesse ad agire per l'annullamento della delibera assembleare. – 1.2 Il possesso azionario minimo. – 1.2.1 Il problema della sua presunta incostituzionalità. – 1.2.2 Il limite del possesso azionario per l'impugnativa della deliberazione di approvazione del bilancio. – 1.2.3 La sua controversa applicabilità alle impugnazioni di delibere assembleari delle società cooperative. – 1.2.4 La sussistenza della qualità di socio possessore della quota minima al momento dell'impugnazione. – 1.3. La qualità di socio possessore di azioni con diritto di voto. – 1.3.1 La legittimazione ad impugnare in presenza di vincoli sulle azioni. – 1.3.2 (*Segue*). Ed in presenza di azioni in comproprietà. – 2. La legittimazione ad impugnare le delibere consiliari. – 2.1 La compatibilità con gli articoli 2377 e 2378 cod. civ. – 2.2 La legittimazione ad impugnare le decisioni degli amministratori di s.r.l. – SEZIONE II: *Gli organi sociali di amministrazione e di controllo e le autorità di vigilanza* – 3. La legittimazione degli organi sociali di amministrazione e di controllo all'impugnativa delle delibere assembleari. – 3.1 La lacuna della previsione rispetto ai modelli dualistico e monistico. – 3.2 L'azione di impugnativa: obbligo o potere discrezionale? – 4. La legittimazione degli organi sociali di amministrazione e di controllo all'impugnativa delle delibere consiliari. – 5. I poteri di impugnativa delle autorità di vigilanza: le fattispecie. – 5.1 Gli interessi tutelati. – 5.2 Presupposti e limiti dell'impugnativa: carattere doveroso o esercizio discrezionale dell'azione. – 5.3 Confronto con l'impugnativa esperibile dai legittimati *ex art.* 2377 cod. civ. – SEZIONE III: *Chiunque vi abbia interesse* – 6. L'interesse in funzione legittimante all'impugnativa. – 6.1 L'identificazione dell'interesse *ex art.* 2379 cod. civ. in rapporto all'interesse ad agire. – 7. La posizione dei soggetti legittimati all'impugnativa delle deliberazioni annullabili. – 8. La disciplina speciale contenuta nell'art. 2434 *bis* secondo comma cod. civ. e l'art. 157 t.u.f. – 8.1 L'interesse ad impugnare le delibere di approvazione del bilancio. – 9. La non applicabilità dell'art. 2379 cod. civ. all'impugnativa delle delibere consiliari viziate. – SEZIONE IV: *La rilevanza d'ufficio* 10. Il rilievo d'ufficio della nullità da parte del giudice.

Riflessioni conclusive.

SEZIONE I

I Soci

1. I presupposti della legittimazione dei soci all'impugnativa di delibere assembleari: la qualità di socio assente, dissenziente o astenuto.

In presenza di una causa di invalidità di cui all'articolo 2377 cod. civ. (non conformità della delibera alla legge o all'atto costitutivo; partecipazione di persone non legittimate che sia determinante al fine della regolare costituzione dell'assemblea; invalidità o errato conteggio dei voti qualora siano determinanti al fine del raggiungimento della maggioranza richiesta; incompletezza o inesattezza del verbale qualora impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione), la qualità di socio è elemento necessario ma non sufficiente al fine della legittimazione all'impugnativa.

Quest'ultima è infatti attribuita ai soli soci assenti, dissenzienti ed astenuti, ovvero ai soci che non abbiano concorso con il proprio voto alla formazione della maggioranza che ha approvato la delibera viziata, e a presidio dell'effettività della norma è posto l'articolo 2375 cod. civ. che nell'elencare le risultanze necessarie del verbale assembleare include l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti al fine di consentire l'accertamento della posizione assunta dal socio in assemblea.

Analoga limitazione è predisposta, con gli specifici adattamenti, in materia di impugnazione delle decisioni di società a responsabilità limitata, ove l'articolo 2479 *ter* cod. civ. riconosce la legittimazione ad impugnare le decisioni non conformi alla legge o all'atto costitutivo ai soli soci che non abbiano consentito alla decisione.

La scelta di una più ampia formulazione rispetto alla corrispondente disciplina in materia di società per azioni è dovuta alle differenti modalità in cui può estrinsecarsi l'attività deliberativa dei soci nelle società a responsabilità limitata, ove

il procedimento di formazione collegiale della volontà sociale degrada infatti a principio tendenzialmente derogabile e le decisioni dei soci possono adottarsi anche attraverso una consultazione scritta o sulla base di un consenso espresso per iscritto¹¹¹.

Presupposto necessario e sufficiente dell'impugnativa è quindi, in primo luogo, che il socio non abbia manifestato il suo consenso all'approvazione della decisione e che pertanto abbia votato contro, si sia astenuto o sia stato assente (oppure non abbia aderito ad una sollecitazione o ad una proposta di decisione scritta).

L'esclusione dal novero dei soggetti legittimati dei soci che hanno votato favorevolmente alla delibera è stata giustificata sulla base del rilievo per cui essa rappresenterebbe un abuso del diritto sotto il profilo del *venire contra factum proprium*, in virtù della considerazione dell'impugnativa come comportamento contraddittorio rispetto al consenso precedentemente espresso attraverso l'approvazione della stessa, il quale finisce in tal guisa per essere considerato come una rinuncia tacita all'impugnativa.

Pur volendo prescindere dal rilievo per cui non è possibile rinunciare ad un diritto che al momento del voto non era ancora sorto¹¹² occorre rilevare che l'approvazione della delibera per importare convalida tacita della stessa dovrebbe essere avvenuta nella piena coscienza della causa di invalidità, ed è ben possibile che il socio abbia espresso voto favorevole ad una delibera nell'ignoranza della presenza di profili di invalidità della medesima.

L'articolo 2377 cod. civ. non consente tuttavia alcuna distinzione ed esclude il socio consenziente prescindendo dalla sua eventuale buona fede in merito all'invalidità della delibera.

¹¹¹ Pacifica è l'interpretazione della formula «soci che non vi hanno consentito», v. ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, in OLIVIERI – PRESTI – VELLA (a cura di), *Il diritto delle società*, Bologna, 2006, 282; NUZZO, in NICCOLINI - STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004, 1637.

In argomento si veda PALMIERI, *op. cit.*, 210 ss.; SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005, 81 ss.

¹¹² Così SCIALOJA, "In tema di impugnabilità di deliberazioni dell'assemblea da parte dei soci assenzienti", *op. cit.*, 854; DONATI, *op. cit.*, 237.

L'assenza di legittimazione del socio consenziente all'impugnativa delle delibere assembleari appare tuttavia maggiormente comprensibile allorché si accolga la ricostruzione che ravvisa l'interesse sotteso all'impugnativa di una delibera societaria da parte del socio nell'interesse individuale ad un diverso contenuto della stessa a lui maggiormente gradito in ordine alla materia oggetto di deliberazione.

In tal senso i soci consenzienti, attraverso l'approvazione della delibera, hanno già visto realizzare il loro interesse, e non dovrebbero pertanto voler rimettere in discussione con l'impugnazione una delibera che avevano giudicato conveniente.

Sul punto occorre peraltro rilevare come la legittimazione dei soci consenzienti, esclusa per i vizi di cui all'art. 2377 cod. civ., torni ad essere in astratto possibile in virtù dell'ampia formulazione di cui all'art. 2379 cod. civ., il quale attribuisce la legittimazione a far valere le cause di nullità a chiunque vi abbia interesse (su cui *infra* par. 7).

Innovando alla disposizione antecedente, il legislatore con la riforma del 2003 ha poi espressamente annoverato tra i soggetti legittimati i soci che pur presenti in assemblea, si siano astenuti dal votare in ordine alla delibera, la cui posizione era particolarmente dibattuta in dottrina e giurisprudenza¹¹³.

Il silenzio della formulazione previgente dell'articolo 2377 cod. civ. aveva infatti determinato il fiorire di opposte soluzioni, tutte caratterizzate dal tentativo di ricondurre la posizione degli astenuti ad una delle categorie previste dall'articolo 2377 cod. civ., e distinte tra monistiche ed eclettiche a seconda che l'astensione venisse inquadrata in una sola delle fattispecie o in più di esse.

Le teorie monistiche si distinguevano a seconda che assimilassero l'astensione al dissenso o all'assenza. Nel primo caso, concepivano il dissenso come comprensivo di ogni comportamento attivo o passivo dei soci intervenuti che non

¹¹³ Nel senso della legittimazione all'impugnativa del socio astenuto in giurisprudenza, Cass., 7 agosto 1959, n. 2489, in *Rep. foro it.*, 1959, 337; Cass., 21 novembre 1996, n. 10279, in *Mass. Giust. Civ.*, 1996, 1562; App. Milano, 10 novembre 1953, in *Dir. Fall.*, 1953, II, 710 ss.; App. Milano, 29 marzo 1991, in *Giur. It.*, 1991, I, 2, 794 ss.; Trib. Firenze, 20 febbraio 1958, in *Giur. Toscana*, 1958, 633 ss.; Trib. Milano, 8 febbraio 1988, in *Società*, 1988, 707; Trib. Napoli, 7 luglio 1988, in *Giur. Comm.*, 1990, II, 355; Trib. Bologna, 2 giugno 1999, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 1024.

avessero approvato la delibera, ritenendo che il diritto di impugnativa fosse attribuito dalla legge non tanto in virtù della manifestazione di una volontà contraria alla deliberazione, quanto piuttosto in relazione alla circostanza che il soggetto non avesse concorso con la propria volontà a formare la deliberazione¹¹⁴.

Un'altra tesi monistica assimilava, al contrario, la posizione del socio astenuto a quella del socio assente, interpretata come mancata partecipazione al voto non solo della persona fisica ma anche della volontà¹¹⁵.

Le tesi eclettiche differenziavano invece le ipotesi di astensione per ricondurle o meno al dissenso sulla base di circostanze rappresentate dal comportamento tenuto dal socio in assemblea¹¹⁶ o degli effetti dallo stesso prodotti sulla formazione delle maggioranze e sull'approvazione delle deliberazioni¹¹⁷.

¹¹⁴ Così FERRARA - CORSI, *op. cit.*, 541 s., per cui i soci dissenzienti devono intendersi coloro che sono intervenuti all'assemblea e non hanno approvato la proposta: dunque anche i soci astenuti, nonché ANGELONI, "La legittimazione del socio astenuto ad impugnare le deliberazioni sociali", in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, 1177 ss., che evidenzia come il dissenso possa risultare anche da un semplice comportamento negativo quale quello di chi non si limita a non manifestare una volontà diretta a consentire.

In giurisprudenza si veda Cass., 21 novembre 1996, n. 10729, in *Mass. Giust. Civ.*, 1996, 1562, ove si afferma che per socio dissenziente deve intendersi il socio che abbia negato in qualsiasi forma il proprio contributo all'approvazione della deliberazione attraverso il voto contrario o l'astensione, e Cass., 20 giugno 1997, n. 5542, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 2741 per cui l'aggettivo dissenzienti va riferito "ai soci che hanno espresso un voto contrario, come a quelli che, pur intervenuti in assemblea e chiamati a manifestare la propria volontà in ordine a uno specifico oggetto in deliberazione, dal voto abbiano inteso di astenersi".

Sottolineava la diversa posizione dell'astenuto rispetto all'assente sotto il profilo della possibilità o impossibilità di votare, MINEO, "La legittimazione del socio astenuto all'impugnativa delle delibere assembleari invalide", in *Riv. Soc.*, 1964, 90 ss.

¹¹⁵ In tal senso COTTINO, *Diritto commerciale, op. cit.*, 506 ss., secondo cui nella prassi assembleare il significato dell'astensione esprime di regola un atteggiamento di riserva e non partecipazione al voto, assimilabile quanto meno alla posizione dell'assente, seguito da RORDORF, "Impugnativa del bilancio da parte del socio astenuto", in *Società*, 1991, 10, 1384 ss., evidenziando che sia il socio astenuto che quello assente trovano il fondamento della loro legittimazione ad impugnare la delibera invalida nel fatto di non aver concorso a darvi causa.

¹¹⁶ Si trattava di una posizione comune in giurisprudenza soprattutto di merito e basata sul rilievo per cui se il socio assume un atteggiamento ostile alla proposta di delibera viene considerato come dissenziente, se invece rimane inerte dimostrando indifferenza verso la medesima viene considerato come immeritevole della legittimazione, (App. Milano, 20 giugno 1973, in *Giur. It.*, 1974, I, 2, 648; Trib. Napoli, 14 giugno 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 1389; Trib. Udine, 12 febbraio 1990, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 990, per cui è legittimato all'impugnazione il socio astenutosi purchè manifesti chiaramente in assemblea il proprio dissenso; Trib. Genova, 18 marzo 1991, in *Società*, 1991, 1384, secondo cui il socio astenuto è legittimato ad impugnare a meno che il suo comportamento non appaia tale da denotare mera indifferenza rispetto alla deliberazione.

¹¹⁷ In tal senso si distingueva tra assemblea straordinaria, ipotesi in cui l'astensione avrebbe dovuto valere sempre come dissenso, e assemblea ordinaria, per la quale avrebbe dovuto valere come

La qualificazione del comportamento del socio astenuto in un senso piuttosto che in un altro appariva operazione tuttavia ardua considerandone il carattere neutrale e di sostanziale remissione alla volontà altrui.

Ed invero esso non appare certamente assimilabile al comportamento del socio dissenziente, il quale adotta una posizione negativa rispetto alla proposta di delibera, mentre il socio astenuto non prende alcuna posizione.

Il disinteresse all'esito della votazione rende la posizione dello stesso maggiormente vicina a quella del socio assente.

Lo scopo di evitare tardive azioni di dubbia serietà evidenziato nella relazione ministeriale al codice civile appare tuttavia in contrasto con il riconoscimento della legittimazione in capo al socio astenuto, ben potendosi considerare come poco seria non solo l'iniziativa del socio che impugni una delibera dopo averla approvata ma anche quella del socio presente il quale impugni dopo che con l'astensione ha dimostrato indifferenza per il contenuto della stessa o non ha fatto alcunché per cambiarlo, in quanto pur potendo con il proprio voto contrastare una delibera ad esso non gradita ha preferito disimpegnarsi da ogni scelta in merito alla stessa.

Volgendo lo sguardo al panorama comparatistico la legittimazione del socio astenuto è solitamente esclusa a cominciare dall'ordinamento tedesco, il quale ha costituito la principale fonte ispiratrice della disciplina italiana.

Il §198 dell'*AktG* del 1937, poi riprodotto nell'attuale §245, disciplina infatti in senso restrittivo l'impugnativa dei soci subordinandola alla messa a verbale di un'esplicita opposizione contro la delibera o alle ipotesi di assenza, laddove l'assemblea non sia stata indetta regolarmente o l'oggetto della delibera non sia stato reso noto correttamente¹¹⁸.

dissenso se si fossero calcolate le maggioranze sui presenti e sarebbe invece stata assimilabile all'assenso ove il *quorum* si fosse calcolato sui votanti, poiché in tal caso l'astenuto ne avrebbe consentito l'accoglimento attraverso una riduzione del *quorum* deliberativo (MINEO, *op. cit.*, 94 ss).

¹¹⁸ «Zur Anfechtung ist befugt: 1. Jeder in der Hauptversammlung erschienene Aktionär, wenn er die Aktien schon von der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben hatte und gegen den Beschluß Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat; 2. Jeder in der Hauptversammlung nicht erschienene Aktionär, wenn er zu der Hauptversammlung zu Unrecht nicht zugelassen worden ist oder die Versammlung nicht ordnunggemäß einberufen oder den Gegenstand der Beschlußfassung nicht ordnunggemäß bekanntgemacht worden ist [...]».

Analogamente, il §196 *AktG* austriaco, circoscrive la legittimazione ai soci che abbiano fatto annotare il proprio dissenso (nonché a coloro cui tale possibilità sia stata ingiustamente negata), ma diversamente dalla normativa tedesca in relazione ad alcune ipotesi estende la legittimazione a tutti i soci con diritto di partecipazione¹¹⁹.

La legittimazione dei soci astenuti è parimenti esclusa nell'ordinamento spagnolo, ove l'art. 206 della *Ley general de sociedades* (come modificata dal Real decreto legislativo 1/2010) attribuisce la legittimazione delle delibere annullabili perché contrarie allo statuto o all'interesse sociale ai soli soci dissenzienti che abbiano fatto constare il proprio dissenso, assenti o illegittimamente privati del diritto di voto¹²⁰.

Tale limitazione non sussiste con riferimento all'impugnazione delle delibere nulle, in quanto contrarie a la *Ley*, per le quali la legittimazione viene estesa in favore di tutti i soci, degli amministratori e di qualunque terzo che vanti un interesse legittimo. In tal modo rientrano nel novero dei soggetti legittimati anche i soci astenuti nonché quelli che abbiano votato a favore della delibera impugnata e coloro che sono privi del diritto di voto.

1.1 (Segue). L'interesse ad agire per l'annullamento della delibera assembleare.

In relazione alla legittimazione dei soci assenti, dissenzienti o astenuti di cui agli articoli 2377, secondo comma, e 2479 *ter*, primo comma, cod. civ., si pone il

In argomento si veda SCHWAB, *Sub §245 AktG*, in SCHMIDT LUTTER, *AktG Kommentar*, Köln, 2010; NOACK, "Der Widerspruch des Aktionärs in der Hauptversammlung", *AG*, 1989, 87.

¹¹⁹ Si tratta del caso in cui il socio impugnante non sia stato erroneamente ammesso a partecipare all'assemblea, mancanza di convocazione, mancata comunicazione dell'oggetto della delibera, o quando un socio abbia con il proprio diritto di voto dolosamente cercato di ottenere dei vantaggi per sé o per i terzi con danno per la società e gli azionisti.

¹²⁰ « 1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo. 2. Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores [...]».

In argomento, v. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho mercantil*, Barcelona, 2004, 346 s.

problema, ancora aperto, se sia comunque necessaria l'esistenza di uno specifico interesse ad agire o se esso derivi *ex se* dalla loro qualità.

Diffusa è in argomento l'impostazione secondo la quale al cospetto di un'azione costitutiva, quale è la domanda di annullamento, non vi sarebbe spazio per l'individuazione di un interesse ad agire, in quanto questo sarebbe *in re ipsa*, essendo essa caratterizzata dall'aspirazione ad un risultato che solo un provvedimento giurisdizionale può dare¹²¹.

Alla medesima conclusione giunge l'orientamento di quanti ritengono di escludere la necessaria presenza del suddetto interesse nell'azione di annullamento delle delibere assembleari sulla base della sua natura di azione tipica, per la quale la legge delinea compiutamente la fattispecie determinando e indicando precisamente i soggetti legittimati e i presupposti di fatto cui è condizionato l'esercizio dell'azione¹²².

In tal senso, pur non potendosi revocare in dubbio la necessaria ricorrenza dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 cod. proc. civ., quale condizione e requisito fondamentale di ogni tipo di azione, rispetto alle azioni cosiddette tipiche, per le quali la legge prestabilisce i soggetti legittimati, le condizioni ed i limiti temporali, esso assumerebbe un significato prevalentemente o esclusivamente sistematico¹²³.

¹²¹ In tal senso CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 188 ss., che nega l'esistenza di un interesse ad agire come condizione delle azioni costitutive; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1941, I, 142; QUADRI, "Interesse ad agire, "legitimitas ad causam", e giudizio di delibazione", in *Riv. Proc. Civ.*, 1937, II, 155 ss.; ATTARDI, voce *Interesse ad agire*, *op. cit.*, 514 ss., secondo i quali l'interesse ad agire è implicito nella stessa allegazione dei fatti costitutivi del diritto potestativo alla modificazione giuridica.

¹²² Sul punto, v. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 312 ss; *Id.*, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, 242; PROTO PISANI, *Sub art. 100 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1069; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 153 ss; *Id.*, "Interesse ad agire", *op. cit.*, 840 ss.

Per un recupero della sfera di operatività dell'interesse ad agire nelle azioni tipiche sotto il profilo della meritevolezza della tutela richiesta si veda GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta, Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, 172 ss., 243, la quale osserva che sono proprio le azioni tipiche e costitutive a dar luogo ai casi in cui l'iniziativa processuale non risponde ad un bisogno di tutela meritevole di riconoscimento.

¹²³ È questa la posizione assunta da Cass., 4 dicembre 1996, n. 10814, in *Foro it.*, 1997, I, 828, con nota di RORDORF, il quale circoscrive le possibilità di assorbire la verifica dell'interesse ad agire del socio nei requisiti di legittimazione di cui all'art. 2377 c.c. alle sole azioni volte a far valere vizi del procedimento, sull'implicito presupposto che in quanto partecipe del potere di concorrere alla formazione dell'atto esso sia investito di un potere di controllo individuale e titolare di un interesse al rispetto di tali regole. Ritiene viceversa indispensabile la verifica dell'effettivo e concreto interesse del

Sarebbe quindi sufficiente il verificarsi delle condizioni e dei requisiti previsti dalla legge affinché l'azione possa essere proposta, senza che occorra valutare la sussistenza di un interesse ad agire, cui avrebbe già provveduto il legislatore nel predisporre la protezione giuridica.

Occorre tuttavia rilevare come in senso opposto a tale orientamento si sia sviluppata la tendenza a ritenere configurabile l'interesse ad agire anche nell'ambito delle azioni costitutive, quale interesse al concreto risultato garantito dalla fattispecie di diritto sostanziale individuata dal legislatore nella costruzione dell'azione.

Ferma la considerazione della sua irrilevanza rispetto alla tutela costitutiva si è infatti messa in rilievo l'esistenza nella pratica di casi in cui, pur presenti le condizioni per l'accoglimento della domanda nel merito, si riconosce che la sentenza non sarebbe di pratica utilità per l'attore¹²⁴.

A sostegno di tale prospettiva si adduce la giurisprudenza (peraltro piuttosto risalente) pronunciata sulla materia, per la quale il solo elemento della legittimazione non è stato ritenuto sufficiente al fine di esercitare l'azione in mancanza di uno specifico interesse ad agire¹²⁵, in genere ricollegato al pregiudizio

socio impugnante nel caso di deliberazione assunta in modo conforme alle regole formali ma con un contenuto contrario alla legge o all'atto costitutivo.

¹²⁴ Così SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, 66, secondo cui ogni schema di azione è idoneo a soddisfare l'interesse elevato dalla legge a fine della tutela ma si tratta di un'astratta idoneità, non potendosi escludere a priori che l'azione esercitata si riveli inadeguata al raggiungimento dello scopo per cui è stata tipizzata dal legislatore e che l'esito dell'accoglimento della domanda, calato nel contesto delle posizioni sostanziali dell'attore, non corrisponda ad alcuna concreta esigenza e non soddisfi alcun interesse.

¹²⁵ Cass., 27 giugno 1961, n. 1553, in *Riv. Dir. Comm.*, 1961, II, 368; Cass., 27 febbraio 1985, n. 1699, in *Foro it.*, 1985, I, 2661; Cass., 18 marzo 1986, n. 1839, in *Società*, 1986, 722; App. Milano, 7 maggio 1976, in *Riv. Dir. Comm.*, 1976, II, 171; App. Milano, 10 ottobre 2006, in *Corr. Merito*, 2007, 3, 301; Trib. Spoleto, 6 marzo 2000, in *Società*, 2000, 7, 852, secondo le quali la legittimazione ad agire intesa come titolarità di una situazione giuridicamente tutelata di per sé non abilita a proporre l'impugnativa, occorrendo invece l'ulteriore requisito dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c.

Occorre sottolineare che l'orientamento giurisprudenziale in questione si è formato soprattutto in materia di bilancio ed è pertanto riferito prevalentemente all'azione di nullità, pur essendo gli argomenti utilizzati anche rispetto all'azione di annullamento, solitamente esperita in subordine alla prima.

Non di rado è stata al contrario negata la rilevanza dell'interesse ad agire, vedi Cass., 13 aprile 1989, n. 1788, in *Giur. it.*, I, 1, 1110 ss.; Cass., 4 dicembre 1996, n. 10814, in *Foro it.*, 1997, I, 127, secondo cui ai fini dell'esercizio dell'azione tipica di annullamento di delibere assembleari che il socio assente o dissenziente reputi contrarie alla legge o allo statuto sociale, la ricorrenza dell'interesse ad agire non postula la concreta utilità del provvedimento chiesto al giudice rispetto alla

che il socio subirebbe dalla violazione della norma per la quale ha richiesto l'annullamento.

Tale eventualità dovrebbe tuttavia risultare piuttosto rara dal momento che il legislatore ha configurato l'azione in virtù della tutela di un interesse ritenuto meritevole e normalmente esistente e pertanto il socio non sarà onerato dal dedurre uno specifico interesse o utilità discendente dal processo, in quanto esso è stato valutato preventivamente dal legislatore in via astratta come sussistente.

Ciò non significa tuttavia che, ove sorga contestazione sulla sua sussistenza, esso non torni ad essere rilevante, potendo ben verificarsi ipotesi di azioni tipiche in cui pur sussistendo tutti i presupposti previsti dalla legge, la sentenza risulti priva di utilità e inadeguata allo scopo per cui è stata tipizzata dall'ordinamento.

Si pensi ad una deliberazione negativa che bocci una proposta all'ordine del giorno quando non vi siano effetti preclusivi ad una sua successiva riproposizione (salvo che all'azione di annullamento si accompagni un'azione di accertamento o costitutiva dell'approvazione della proposta rigettata)¹²⁶ o ad ipotesi di vicende intervenute nel corso del procedimento che determinino il venir meno dell'interesse, come nel caso di dimissioni o di scadenza del mandato di amministratori di cui si sia impugnata la delibera di nomina¹²⁷.

Anche in Germania la dottrina commercialistica ritiene tendenzialmente necessario un *Rechtsschutzinteresse* o un *Rechtsschutzbedürfnis* nelle azioni di

situazione denunciata, per essere in tal caso l'interesse presupposto o presunto dal legislatore al semplice verificarsi delle condizioni da esso prefissate e analogamente Trib. Roma, 18 marzo 1982, in *Giur. Comm.*, 1983, II, 592; Trib. Vallo della Lucania, 6 novembre 1992, in *Società*, 1993, 360; Trib. Napoli, 13 aprile 2000, in *Società*, 2000, 1114; Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002, in *Giur. It.*, 2003, 953, per cui la legittimazione del socio a far valere l'annullabilità della delibera assembleare è unicamente condizionata al fatto che egli sia stato assente o dissenziente rispetto alla medesima, senza che occorra alcuna valutazione ulteriore del suo interesse ad agire.

¹²⁶ Sul tema della deliberazione negativa si v. CIAN, *La deliberazione negativa dell'assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003; FERRO – LUZZI, "La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo", in GAMBINO - LIBONATI (a cura di), *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1993, 54, nota 138; FERRARIS, "Approvazione del bilancio da parte dell'amministratore giudiziario e impugnazione di deliberazione negativa", in *Giur. Comm.*, 2004, II, 200 ss.

¹²⁷ Cass., 18 gennaio 2000, n. 489, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000, 77, che evidenzia come la scadenza del mandato e la conseguente rinnovazione di un organo elettivo comportano il venir meno dell'interesse alla decisione nei giudizi sulla regolarità e sulla incompatibilità della nomina dei loro componenti, nonchè App. Milano, 11 agosto 2000, in *Giur. It.*, 2001, 1906.

impugnazione delle deliberazioni assembleari e lo considera assente quando la caducazione del deliberato non è più in grado di mutare la situazione di fatto o di diritto¹²⁸.

Nel solco di questa impostazione si è tuttavia passati dalla necessità di prospettare una lesione di interesse patrimoniale cui riferire la concretezza e attualità dell'interesse ad agire¹²⁹ al ritenere sufficiente un pregiudizio di altra natura purché attinente alla sfera dei diritti connessi alla posizione di socio¹³⁰. Tra questi sono emersi il diritto ad una completa, veritiera e corretta informazione (nel campo delle

¹²⁸ FISCHER, in MÜLLER – HENSE, *Beck'sches Handbuch der GmbH. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht*, München, 1999, 192; INGERI, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, Band 3, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, München, 1996, 547; SCHMIDT, *Sub* §246, rdn. 60, in *Großkommentar AktG*, 161; *Id.*, in *Scholz Kommentar zum GmbH – Gesetz*, Band II, Köln, 1988, 1569 s. che sottolinea come non sia indispensabile che la violazione dello statuto o della legge dedotta abbia pregiudicato direttamente l'impugnante; HÜFFER, §246, *Aktiengesetz*, Rdn. 9, 1120; ZÖLLNER, *Sub* §246, Rdn. 26 s., in *Kölner Kommentar*, 861 s., secondo cui l'azionista impugnante non deve dimostrare che l'annullamento gli attribuisce qualche utilità ma ciò nonostante sussistono dei casi in cui tale interesse è carente, in particolare nelle ipotesi di delibere negative.

La giurisprudenza è invece tendenzialmente orientata nel senso che il socio impugnante non debba dimostrare nessun particolare interesse, in base alla considerazione che l'azione di impugnazione è uno strumento di controllo del socio sulla legalità degli organi sociali e che pertanto il *Rechtsschutzbedürfnis* deriva dal fatto che l'annullamento serve a ripristinare uno stato di diritto conforme alla legge così BGH, 17 settembre 1964, *WM*, 1964, 1188; BGH, 25 febbraio 1965, *BGHZ*, Band 43, 1965, 261; BGH, 17 gennaio 1966, *WM*, 1966, 446; per le srl OLG Frankfurt am main, 6 gennaio 1976, 5 U 110/74, *GmbH – Rundschau*, 1976, 110.

La necessità della presenza di un interesse è stata tuttavia di recente rivalutata per contrastare l'abuso delle azioni perpetrate da soggetti che acquistano azioni prima di assemblee importanti al solo fine di far constare il proprio dissenso ed impugnare la deliberazione, onde poi trovare un lucroso accordo con gli organi di gestione per l'abbandono dell'iniziativa.

¹²⁹ Per tutte v. Cass., 25 marzo 2003, n. 4372, in *Società*, 2003, 1109 ss; Trib. Milano, 22 settembre 1977 n. 5845 e 5846 e 27 aprile 1978, in *Giur. Comm.*, 1978, II, 688 ss.; Trib. Spoleto, 6 marzo 2000, in *Società*, 2000, 852 ss.

Sul punto si veda VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004, 239, nota 34, secondo cui gli azionisti non lesi, anche se assenti o dissenzienti, non dovrebbero poter essere ammessi all'impugnativa in quanto privi dell'interesse ad agire ove si ammetta che la facoltà di impugnativa risulta concessa al socio non a tutela del generico interesse alla legalità dell'azione sociale ma a tutela di un proprio interesse di contenuto economico.

¹³⁰ Sottolinea come l'accoglimento di un'accezione così vasta finisca per provocare un'evaporazione dell'istituto il quale finisce per perdere la funzione di freno alla proliferazione di impugnative con intenti emulativi o ricattatori, ZANARONE, *op. cit.*, 379 s.; VILLATA, *op. cit.*, 219.

Tale funzione viene oggi attribuita dalla giurisprudenza e dottrina ad altri istituti quali la figura dell'abuso di diritto su cui PORTALE, "Impugnative di bilancio ed exceptio doli", in *Giur. Comm.*, 1982, I, 407 ss., nonché GHIRGA, *op. cit.*, 228 ss. seppur ritenendo che tale abuso possa essere represso attraverso un più ampio utilizzo del contenuto precettivo dell'art. 100 c.p.c.

In senso contrario alla configurabilità dell'abuso del diritto di impugnare in presenza dell'art. 2377 cod. civ., Cass., 11 dicembre 2000, in *Foro it.* 2001, I, 3274 ss.

delibere approvative di bilancio)¹³¹ o il diritto del socio a partecipare all'assemblea ed al voto¹³², nonché il diritto ad una corretta gestione dell'organo societario¹³³.

In argomento una recente impostazione ritiene che esso assuma una peculiare configurazione nei processi di impugnazione di atti societari, ove sarebbe sufficiente l'interesse ad un nuovo esercizio del potere, e cioè un interesse strumentale alla ridiscussione, potendosi dedurre anche vizi che abbiano leso direttamente e soltanto interessi di terzi.

Di conseguenza, mancherebbe l'interesse ad agire allorquando non vi sia alcun effetto utile derivante, neppure indirettamente, dal provvedimento di annullamento o quando gli effetti dell'atto sono divenuti immodificabili giuridicamente, essendo possibile in tal caso solo il risarcimento¹³⁴.

1.2 Il possesso azionario minimo.

La legittimazione dei soci all'impugnazione delle delibere assembleari incontra un limite ancor più significativo nella previsione di soglie quantitative di partecipazione azionaria, in assenza delle quali non è possibile ottenere l'annullamento della deliberazione.

L'articolo 2377, terzo comma, cod. civ. prevede infatti come regola generale una partecipazione minima al capitale sociale, diversa a seconda che si tratti di impugnare deliberazioni di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio o meno, e a tal fine richiede che il socio assente, dissenziente o astenuto che impugna sia in possesso, anche congiuntamente ad altri soci, di azioni che rappresentino almeno l'uno per mille del capitale sociale nel primo caso e il cinque per cento nel secondo.

¹³¹ Trib. Milano, 3 dicembre 1984, in *Società*, 1985, 409; Trib. Milano, 26 settembre 1983, in *Società*, 1984, 785.

¹³² App. Milano, 27 settembre 1983, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 1273

¹³³ Trib. Milano, 7 settembre 1981, in *Giur. Comm.*, 1982, II, 502; Trib. Catania, 27 febbraio 1982, in *Giur. Comm.*, 1983, II, 779; Trib. Milano, 30 gennaio 1992, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 1996.

¹³⁴ In argomento v. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, le disposizioni generali*, Bologna, 1998, 185, seppur ostile alla necessità dell'interesse ad agire nelle azioni costitutive ammette che in materia di impugnazione societarie può utilmente porsi il quesito se vi sia davvero bisogno ed interesse per l'accoglimento dell'azione; VILLATA, *op. cit.*, 208 ss.

La scelta di tali soglie rappresenta certamente una semplificazione, ma pur sempre necessaria in quanto l'alternativa, rappresentata da scaglioni di percentuali di partecipazione al capitale, variabili a seconda dell'ammontare di questo e del numero di voti espressi in favore della deliberazione, se da un lato avrebbe garantito una maggior aderenza alla complessità dei casi e una maggiore ragionevolezza nel bilanciamento degli interessi in gioco, dall'altro avrebbe creato non poche difficoltà nell'applicazione della norma e una complessiva diseconomia nel funzionamento del sistema.

Siffatte percentuali vanno ragguagliate all'intero capitale sociale e a quello rappresentato da sole azioni di categoria per l'impugnazione di delibere emesse dalle relative assemblee speciali e con riferimento all'ammontare del prestito obbligazionario per le assemblee degli obbligazionisti.

Lo stesso articolo 2377 cod. civ. ammette tuttavia la derogabilità di tali percentuali minime ad opera dello statuto della società, il quale può ridurre o escludere tale requisito (deve invece escludersi la legittimità di clausole che prevedano quorum azionari più elevati, ma si tratta di un'opzione rivelatasi di difficile realizzazione nella pratica¹³⁵).

Il limite del possesso azionario minimo non è invece applicabile alle società a responsabilità limitata poiché l'art. 2479 *ter*, sesto comma, cod. civ., a proposito dell'invalidità delle decisioni dei soci richiama esclusivamente i commi quarto, sesto e settimo dell'art. 2377 cod. civ., e non i commi secondo e terzo, i quali dettano la disciplina inerente al presupposto di cui si discute.

La scelta compiuta dal legislatore potrebbe invero ricondursi su un piano di coerenza con l'assetto di interessi tipico delle società per azioni, caratterizzato dal reciproco anonimato tra i soci e dalla considerazione del loro interesse in quanto investitori, diversamente dalle società a responsabilità limitata ove emerge un

¹³⁵ Evidenzia la necessità di non farsi eccessive illusioni sul fatto che i gruppi di controllo modifichino gli statuti abbassando o eliminando le soglie e così facilitando le impugnazioni, anche alla luce dei risultati dell'utilizzazione da parte delle società quotate degli spazi lasciati all'autonomia statutaria dal t.u.f. (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58), SACCHI – VICARI, "Invalidità delle deliberazioni assembleari", in CAGNASSO – PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010, 644, e SACCHI, "Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza", *op. cit.*, 138.

interesse del socio di tipo imprenditoriale a prescindere dalla misura della partecipazione posseduta¹³⁶.

La circostanza che l'art. 2479 *ter* consideri irrilevante ai fini della legittimazione all'impugnativa il valore della quota posseduta dal socio e si astenga dal richiamare la norma (art. 2377, quarto comma, cod. civ.) che affida all'azione di risarcimento la tutela dei soci non legittimati all'impugnativa è tuttavia compensata, ai fini della stabilità del risultato deliberativo, dalla presenza di altri precetti.

Ed infatti, l'ambito di applicazione del termine di tre mesi risulta molto più esteso rispetto alla corrispondente disciplina in materia di s.p.a. includendo secondo l'opinione prevalente le decisioni prive di verbale¹³⁷, ed anche i meccanismi di recupero delle decisioni risultano particolarmente ampi ed incisivi prevedendo accanto alla sostituzione della delibera non conforme alla legge o allo statuto la possibilità di una sostituzione sollecitata dal tribunale su istanza della società o dell'impugnante (art. 2479 *ter*, secondo comma, cod. civ.).

La soluzione prescelta dal legislatore di riservare l'impugnazione delle deliberazioni che presentano i profili di invalidità indicati dall'art. 2377 cod. civ. alle sole minoranze qualificate, rappresenta una delle più importanti manifestazioni della scelta, che caratterizza la riforma del diritto societario del 2003, di restringere lo spazio di tutela reale riservato alle minoranze azionarie e di sostituire siffatto tipo di protezione con una tutela di carattere obbligatorio.

¹³⁶ Così ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, op. cit., 111 ss., secondo cui il fatto che il termine per impugnare decorra dalla trascrizione della delibera nel libro dei soci (scelta determinata anche dalle diverse modalità di partecipazione del socio alle scelte societarie, le quali non si esauriscono, come noto, nella tecnica assembleare) evidenzia la minore terzietà del socio rispetto alla società.

¹³⁷ L'assenza di alcun richiamo all'art. 2379, co. 3, c.c. è stata infatti inquadrata nella prospettiva di semplificazione del procedimento di formazione delle decisioni dei soci e si è in questo senso spiegata la considerazione unitaria di tutte le anomalie riguardanti il verbale nell'ambito della «non conformità alla legge», così GUERRERA, "Il verbale di assemblea", in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, II, 99; MIRONE, "Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedurali", in ABBADESSA – PORTALE, (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 507; REVIGLIONE – RAINELLI, *Sub art. 2479 ter c.c.*, in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 1940.

In senso diverso, SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, op. cit., 85.

Dispone infatti la norma in esame che i soci non legittimati a proporre l'impugnativa hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della delibera alla legge o allo statuto.

L'esigenza di tutelare la stabilità degli atti societari e di evitare che per effetto delle impugnative si debba giungere ad una rideterminazione dell'assetto organizzativo anteriore, con ripercussioni eventuali sull'affidamento riposto dai terzi, ha quindi indotto il legislatore della riforma a rimodulare la prospettiva di fondo del diritto delle invalidità delle delibere assembleari di società per azioni, tradizionalmente incentrata sul solo rimedio caducatorio.

In tal senso, la relazione ministeriale di accompagnamento allo schema di decreto legislativo recante la riforma organica delle società di capitali, chiariva che il limite all'esercizio dell'azione reale rapportato al possesso di una quota qualificata di capitale sociale e, correlativamente, la previsione di una forma di tutela obbligatoria sostitutiva, hanno trovato ragion d'essere nell'esigenza di *“ovviare all'inconveniente troppe volte manifestatosi nell'esperienza, di impugnative ispirate da intenti meramente ricattatori”*¹³⁸.

Il legislatore ha ritenuto che per gli azionisti con una ridotta partecipazione azionaria la tutela reale si sarebbe rivelata eccessiva, in quanto in grado di incidere sull'attività sociale attraverso la rimozione della delibera in senso sproporzionato all'entità degli interessi di cui essi sono titolari, nonché di limitata portata concreta, poiché la caducazione della delibera non modifica l'assetto di potere presente nel governo della società, dal quale essi sono sostanzialmente esclusi, e non consente pertanto di ottenere l'effettiva soddisfazione dell'interesse di cui si lamenta la lesione.

La scelta del legislatore appare quindi contrassegnata da una prioritaria attenzione verso l'efficienza dell'attività sociale rispetto alle pur fondamentali esigenze di legalità, manifestata attraverso la riduzione della tutela individuale del socio allorché si facciano più pressanti le esigenze di certezza, stabilità ed efficienza,

¹³⁸ Sull'abuso del diritto ad impugnare v. Cass., 11 dicembre 2000, in *Foro it.* 2001, I, 3274 ss.; ZANARONE, *op. cit.*, 380 s.; SIMONETTI, "Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali", in *Nuova Giur. Comm.*, 2000, II, 479 ss.

secondo una soluzione già adottata in materia di fusione (art. 2504 *quater* cod. civ.), scissione (art. 2506 *ter* cod. civ) e a seguito della riforma del 2003 anche di trasformazione (2500 *bis* cod. civ.) per le quali, una volta eseguiti tutti gli adempimenti pubblicitari, l'invalidità dell'atto non può essere dichiarata e per i soci o terzi eventualmente danneggiati residuerà il solo rimedio risarcitorio¹³⁹.

Il fine perseguito attraverso quest'ultime norme è quello di garantire il generale affidamento dei consociati sulle risultanze del registro delle imprese, così impedendo che a causa di vizi della trasformazione, della fusione o della scissione, tali operazioni possano essere dichiarate invalide e si faccia conseguentemente ritorno alla situazione preesistente, con le problematiche conseguenze che ne deriverebbero.

La *ratio* di siffatta stabilizzazione va rinvenuta nell'esigenza di privilegiare la certezza dei rapporti giuridici, nell'ottica di salvaguardare la «funzionalità e certezza dell'attività sociale» indicata dall'art. 4 lett. b) della legge delega n. 366/2001 come criterio base cui la riforma in materia di invalidità delle delibere assembleari si sarebbe dovuta ispirare, unitamente a quello, insito nella stessa previsione dello strumento dell'impugnazione, della tutela dei soci¹⁴⁰.

Tale soluzione ha suscitato vivaci discussioni e forti critiche in dottrina, vuoi per la difficoltà di comprendere la ragione per cui l'impugnazione di una minoranza non qualificata dovrebbe essere maggiormente ricattatoria di quella proposta da una minoranza qualificata, vuoi per il rilievo per cui lo scopo dichiarato di evitare

¹³⁹ Introdotto dal d.lgs. 16 gennaio 1991 n. 22 in attuazione dell'art. 22 Direttiva CEE n. 78/855, trova il suo antecedente normativo nell'analoga norma tedesca, in base alla quale, una volta iscritta la fusione nel registro delle imprese del luogo in cui ha sede la società risultante dall'operazione, l'efficacia della stessa resta impregiudicata da eventuali vizi (§ 352a *AktG*, introdotto dalla legge del 25.10.1982, con cui la Germania ha integrato e modificato l'*AktG* del 1965 al fine di dare attuazione alla III Direttiva CEE in materia societaria).

Sul punto vedi DE ACUTIS, "La terza direttiva C.E.E. in materia di società per azioni", in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II, 300; GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997, 3, nonché per un quadro storico comparatistico della materia, C. SANTAGATA, "Fusione tra società", in ROTONDI (a cura di), *Inchieste di diritto comparato. I grandi problemi delle società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padova, 1976, 1447; BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione*, Torino, 2008.

Su come una preclusione assoluta della tutela demolitoria non fosse imposta né dalla III Direttiva comunitaria né dalla natura della fusione: PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, op. cit., 220.

¹⁴⁰ Sul punto PALMIERI, op. cit., 147 ss., ove ampi riferimenti.

impugnazioni pretestuose o strumentali ben potrebbe essere perseguito mediante la limitazione e la specificazione delle cause di invalidità¹⁴¹ o attraverso una norma che affidi al giudice il potere di valutare l'interesse sostanziale all'impugnazione¹⁴².

Si è inoltre in dottrina evidenziato che la giustificazione addotta a presidio della scelta normativa pare focalizzata sulla considerazione astratta del possibile comportamento del singolo socio o comunque di un'esigua minoranza, trascurando il profilo di utilità sociale che le stesse posizioni pretestuose possono offrire per il sistema di governo societario, in qualità di monitoraggio nonché di incentivo al rispetto delle norme¹⁴³.

Al fondo delle critiche mosse al limite posto dall'art. 2377 cod. civ. è possibile riscontrare il senso del dibattito in merito ai vantaggi e agli svantaggi della tutela obbligatoria rispetto alla tutela reale e alla presunta non equivalenza tra le stesse¹⁴⁴.

¹⁴¹ Così SANZO, *Sub* art. 2377 cod. civ., in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 620 s., che individua l'obiettivo non dichiarato della riforma nella volontà di assicurare alla maggioranza una più intensa garanzia di stabilità delle decisioni adottate al fine di limitare il potere di intervento della minoranza.

¹⁴² In questo senso LIBONATI, "Assemblea e patti parasociali", in *Riv. Dir. Comm.*, 2002, 471, secondo cui si è voluto legittimare all'impugnazione solo chi esprima interessi che si ritengono sufficientemente sostanziali o corposi, *in primis* per evitare azioni di disturbo.

¹⁴³ Così PRESTI – RESCIGNO, "L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci", in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società – Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, 2003, 146, per cui di fronte a soggetti che speculano opportunisticamente su violazioni che comunque sussistono, la migliore difesa da parte degli organi della società è la presentazione di delibere immuni da vizi.

¹⁴⁴ Tema introdotto negli Stati Uniti da CALABRESI – MELAMED, "Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral", in *Harvard Law Review*, 1972, 1089 ss.

In argomento SACCHI, "Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza", *op. cit.*, 159, il quale ritiene che sarebbe stato più equilibrato limitare la restrizione della tutela reale alle ipotesi in cui è particolarmente rilevante l'esigenza di stabilità degli effetti degli atti societari. Sostiene che non vi sia equivalenza tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria sostitutiva, NIGRO, *op. cit.*, 881 ss., il quale ritiene che vi sia un nesso indissolubile fra qualità di componente di un organo collegiale e potere di impugnare le deliberazioni di tale organo e che il potere di impugnazione non possa essere riconosciuto o negato solo in relazione all'entità della partecipazione senza così alterarne la natura e la funzione; WEIGMANN, "Dalla s.p.a. alla società per carati", in BENAZZO – PATRIARCA – PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 173 ss., il quale dubita dell'equivalenza dei due modelli di tutela rispetto agli interessi in gioco e ritiene che l'azione di annullamento, per quanto si presti ad abusi da parte di impugnatori professionali nelle società quotate, in quelle che non lo sono è un correttivo indispensabile delle posizioni partecipative escluse dal potere di gestione.

In argomento si veda anche D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 455 ss. e 707 ss., che si interroga sull'opportunità che il risarcimento sia preteso anche dall'azionista che disponga di almeno il 5% e

Ed invero, laddove lo statuto non escluda o riduca il requisito del *minimum* azionario, il socio che ne sia sprovvisto potrà sollecitare l'impugnazione da parte degli organi di amministrazione e di controllo.

Nel caso in cui questi non intervengano, l'unica via d'uscita per i piccoli azionisti risiederebbe nella ricerca di altri azionisti disposti a coalizzarsi per l'esercizio congiunto dell'impugnazione o in una problematica azione di risarcimento del danno.

Quest'ultima, prevista dal legislatore al fine di bilanciare la scelta discriminatoria compiuta, rappresenta infatti una forma di compensazione solo apparente. Ciò per la difficoltà di concepire una deliberazione assembleare produttiva di un danno che non sia soltanto riflesso (in virtù della inidoneità di atti organizzativi come le deliberazioni assembleari a produrre *ex se* ed immediatamente effetti pregiudizievoli di natura patrimoniale), nonché per le difficoltà di adempimento dell'onere probatorio, in virtù dell'insufficienza della prova della mera potenzialità lesiva, e per la brevità del termine previsto per l'esercizio dell'azione, la quale osta alla concreta possibilità di consolidamento di un danno conseguenza economicamente apprezzabile¹⁴⁵.

La necessità di un possesso azionario minimo al fine di impugnare le delibere assembleari rappresenta peraltro un *unicum* nel panorama del diritto societario dell'Unione europea, con l'unica eccezione del §196, Abs. 2, dell'*Aktiengesetz* austriaco, in base al quale sono legittimati ad impugnare le delibere che approvano il progetto di bilancio (funzione affidata all'*Aufsichtsrat* vigendo in quel sistema il modello dualistico) contenente ammortamenti, poste rettificative, riserve e fondi

che non abbia richiesto l'annullamento della delibera invalida, ritenendo al proposito che egli non possa pretendere che sia riparato il pregiudizio che ha subito anche a causa di una sua omissione.

¹⁴⁵ Evidenziano le criticità della tutela risarcitoria di cui all'art. 2377 cod. civ. e il mancato raggiungimento di un giusto punto di equilibrio fra l'aspirazione della società alla stabilità delle proprie deliberazioni e l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici con l'interesse dei singoli a non essere pregiudicati dall'illegalità delle deliberazioni sociali, SALAFIA, "L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria", in *Società*, 9, 2003, 1178; ABRIANI, "L'assemblea", in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, 1, 527; CARRATTA, *Sub art. 2378 cod. civ.*, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 1142; TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari della spa*, Milano, 2007, 189 s.

rischi in misura superiore a quanto stabilito dalla legge o dallo statuto, gli azionisti le cui quote congiuntamente rappresentino il 5% del capitale sociale¹⁴⁶.

In Germania l'opportunità di introdurre un *quorum* per l'esercizio del diritto d'impugnativa delle deliberazioni assembleari si è prospettata sin dal momento in cui l'azione è stata riconosciuta e ha caratterizzato qualsiasi discussione di riforma del diritto azionario.

Alla base di tali discussioni si poneva l'esigenza di limitare impugnative esperite a fini ricattatori e tali da pregiudicare la certezza del diritto e la sicurezza del traffico giuridico, cui il diritto tedesco attribuisce un importante significato.

Nonostante la sensibilità tedesca verso esigenze di stabilità delle delibere assembleari, messa a dura prova da un'ondata di impugnazioni abusive nel corso degli anni '80 del secolo scorso volte ad intralciare alcune note operazioni di fusione, il legislatore del 2005 ha deciso di non cedere a tali istanze, sul presupposto che i diritti degli azionisti di agire in giudizio hanno una duplice funzione in quanto sono strumenti della tutela individuale e al tempo stesso hanno una funzione istituzionale che va al di là della tutela del singolo socio.

Il diritto di impugnativa viene considerato come la sua arma più efficace e in tal senso si ritiene che non possa essere trasformato in un diritto della minoranza attraverso l'introduzione di un *quorum*¹⁴⁷, il quale porterebbe a risolvere il conflitto tra certezza del diritto e controllo sostanziale a favore dei gruppi di controllo della società.

Sulla base di queste riflessioni si è pervenuti nel 2006 all'emanazione dell'*UMAG*, attraverso il quale si è introdotto nell'*Aktiengesetz* il §246 a. Con riferimento alle delibere che attuano operazioni sul capitale, ferma restando l'attribuzione del diritto ad impugnare ad ogni azionista entro un mese salvo che la

¹⁴⁶ Fine della norma sarebbe quello di incrementare la stabilità di bilancio (*Bestandsfestigkeit von Jahresabschlüssen*), così DIREGGER, § 196, RDN. 56, in DORALT – NOWOTNY – KALSS (herausgegeben), *Kommentar Aktiengesetz*, II, Wien, 2003, 2246.

¹⁴⁷ In argomento v. BAUMS, *Empfiehl sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?*, *Gutachten F zum 63. Deutschen Juristentag* – Leipzig, München, 2000, 98 ss., ove riferimenti al diritto statunitense il quale non conosce limitazioni né termini per le impugnative; RAISER – VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, München, 2006, 120 ss.; HÜFFER, *Aktiengesetz*, München, 1194 ss.

delibera non sia sostituita con una non viziata, la norma suindicata consente che, su domanda della società, qualora l'impugnativa appaia inammissibile o manifestamente infondata, e dopo una cognizione sommaria della fondatezza dell'azione ed una valutazione comparativa della gravità del pregiudizio che subirebbero la società richiedente e i soci impugnanti nel caso di invalidazione o meno della delibera, il giudice possa ordinare, malgrado l'impugnativa, l'iscrizione nel registro di commercio della deliberazione.

L'eventuale decisione che riconosca la fondatezza dell'impugnazione obbliga poi la società al risarcimento dei danni provocati dall'iscrizione nel registro senza possibilità di eliminarne gli effetti¹⁴⁸.

Al di fuori di questa circoscritta eccezione la tendenza negli altri sistemi europei è, al contrario, nel senso di impedire che possano essere sanate le delibere assembleari illecitamente assunte.

In questo senso si pone, ad esempio, l'art. 57 del *Código das sociedades comerciais* portoghese il quale prevede che l'organo di controllo della società deve dare comunicazione ai soci della nullità di qualsiasi delibera anteriore affinché essi la rinnovino, ove possibile, o promuovano l'azione per la sua dichiarazione di nullità, e, se nel termine di due mesi non viene assunta nessuna delle due iniziative, dovrà essere lo stesso *órgão de fiscalização* ad agire per la dichiarazione di nullità¹⁴⁹.

In Spagna l'*Informe del Grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas* del 19 maggio 2006 nell'Anexo II, punto 5, raccomandava al governo di studiare delle modifiche che consentissero di evitare l'uso indebito, eccessivo o abusivo delle impugnazioni di delibere assembleari, ma, nonostante ciò,

¹⁴⁸ KOCH, „Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht, (UMAG)“, *ZGR*, 2006, 6, 769 ss.; BAUMS – DRINHAUSEN – KEINATH, *op. cit.*, 2329 ss.; VEIL, „Klagemöglichkeiten bei Beschlussmängeln der Hauptversammlung nach dem UMAG“, *AG*, 15, 2005, 567 ss.; FAßBENDER, „Das Freigabeverfahren nach §246a AktG – Offene Fragen und Gestaltungsmöglichkeiten“, *AG*, 23, 2006, 872 ss.

¹⁴⁹ «O órgão de fiscalização da sociedade deve dar a conhecer aos sócios, em assembleia geral, a nulidade de qualquer deliberação anterior, a fim de eles a renovarem, sendo possível, ou de promoverem, querendo, a respectiva declaração judicial.

2. Se os sócios não renovarem a deliberação ou a sociedade não for citada para a referida acção dentro do prazo de dois meses, deve o órgão de fiscalização promover sem demora a declaração judicial de nulidade da mesma deliberação [...]»

la *Ley general de sociedades*, come modificata nel 2010, ha lasciato la legittimazione all'impugnazione di delibere annullabili (cioè contrarie allo statuto o all'interesse sociale) ai soci dissenzienti, assenti o illegittimamente privati del diritto di voto oltre che agli amministratori mentre per l'impugnazione delle delibere nulle (cioè contrarie alla legge), restano legittimati tutti i soci, gli amministratori e i terzi che vantino un interesse legittimo.

Di carattere particolarmente ampio risulta essere infine la soluzione prescelta dall'ordinamento francese ove la giurisprudenza suole distinguere tra una nullità relativa, tendente alla protezione di un interesse particolare, per la quale l'azione è riservata ai soggetti cui la norma assicura protezione, ed una nullità assoluta volta alla tutela di un interesse generale, suscettibile di essere fatta valere da chiunque vantino un interesse legittimo¹⁵⁰.

1.2.1 Il problema della sua presunta incostituzionalità.

La limitazione di accesso alla tutela reale predisposta dal terzo comma dell'art. 2377 cod. civ. ha determinato in una parte della dottrina l'insorgere di un sospetto di incostituzionalità della disposizione per violazione non solo degli articoli 24 e 3 Cost., ma anche dell'art. 42 Cost. incidendo sulla integrità patrimoniale della quota¹⁵¹.

¹⁵⁰ Sul punto v. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Paris, 2010, 589; GERMAIN, "Les sociétés commerciales", in RIPERT – ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, 2, Paris, 2011, 417 s.; LE CANNU, *Droit des sociétés*, Paris, 2003, 280 ss., il quale evidenzia come non sia sempre facile determinare chi e quale interesse la legge intenda proteggere, ragion per cui la tendenza è nel senso di limitare ai soci il diritto di impugnare la delibera.

¹⁵¹ Così PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, op. cit., 228 s., secondo cui di fronte alla *ratio* ispiratrice della riforma di introdurre nell'ambito dei soci la distinzione tra quelli i cui interessi possono essere soddisfatti con metodi risarcitori ed altri per cui è rilevante contribuire alle scelte dell'attività sociale, diventerebbe palese che l'art. 2377 finisce con il produrre la trasformazione del diritto personale di impugnativa in un diritto della minoranza con conseguente dubbio di incostituzionalità per violazione dell'art. 42 Cost. sulla tutela della proprietà, incidendo tale trasformazione sulla integrità patrimoniale della quota.

In particolare, la violazione dell'art. 24 Cost. deriverebbe dalla mancata equivalenza fra tutela reale e tutela risarcitoria rispetto agli interessi in gioco, aggravata dall'assenza di alcun contrappeso stante la mancanza di meccanismi di legittimazione sostitutiva, salvo che non si voglia valorizzare la possibilità di impugnare prevista per gli amministratori, il collegio sindacale e il consiglio di sorveglianza¹⁵².

Analoghe questioni erano sorte nei confronti della disciplina introdotta dall'art. 6 del d.p.r. 31 marzo 1975 n. 136 ed ora sostituita dall'art. 157 d.lgs. 24 febbraio 1998, in materia di impugnazione di bilancio certificato di società con azioni quotate in borsa, ritenute manifestamente infondate dai giudici di merito sulla scorta della legittimazione riconosciuta alla Consob oltreché della particolare presunzione di legalità che la certificazione conferisce al bilancio delle società quotate¹⁵³.

Al tempo stesso si è tuttavia obiettato che la Costituzione non garantisce la tutela reale rispetto a quella risarcitoria, come dimostrato dalla giurisprudenza costituzionale in materia di tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, secondo cui la tutela risarcitoria in luogo di quella reale costituisce legittimo esercizio della discrezionalità politica da parte del legislatore¹⁵⁴.

¹⁵² Nel senso dell'incostituzionalità DOLMETTA, "Parere dei componenti del collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università Cattolica di Milano", in *Riv. Soc.*, 2002, 1480, il quale sottolinea la non giustificata disparità di trattamento che viene a crearsi nei confronti del diritto alla difesa in giudizio dei propri diritti, attraverso un *discrimen* meramente quantitativo e di dimensione generale restandone fuori le poche cause di nullità previste; SALAFIA, "L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria", *op. cit.*, 1177 ss.; WEIGMANN, "Luci ed ombre del nuovo diritto azionario", *op. cit.*, 280 ss.; NIGRO, *op. cit.*, 881 ss.; SANZO, *Sub art. 2377 c.c.*, *op. cit.*, 608 s., secondo cui un ulteriore motivo di incostituzionalità potrebbe risiedere nel fatto che la legge delega aveva assegnato al legislatore il compito di contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale e non di privilegiare la seconda rispetto alla prima.

¹⁵³ In tal senso, Trib. Milano, 22 marzo 1984, in *Nuova giur. comm.*, 1985, I, 190; Trib. Milano, 5 dicembre 1985, in *Giur. It.*, 1986, I, 2, 764; Trib. Torino, 27 luglio 1987, in *Società*, 1988, 42; Trib. Roma, 5 aprile 1990, in *Riv. Dir. Comm.*, 1991, II, 229.

¹⁵⁴ Corte cost., 23 dicembre 1998, n. 420, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 355. In argomento v. SPAGNUOLO, *Sub art. 2377 c.c.*, in SANDULLI – SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, 2003, 350 ss.; LIBERTINI, "Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.", in GENOVESE (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2004, 9, che pur non ritenendo peregrina la tesi dell'incostituzionalità afferma che l'impugnativa proveniente solo da una porzione infinitesima del capitale sociale si presenta *icto oculi* non sorretta da un adeguato legittimo interesse.

L'art. 24 Cost. ha configurato come inviolabile il diritto di azione in giudizio per la difesa dei propri diritti ogniqualvolta l'attore si affermi titolare di una situazione sostanziale.

Secondo una diversa ricostruzione dei rapporti fra tutela specifica e tutela risarcitoria nel campo dei rapporti societari, il possesso azionario minimo previsto dall'art. 2377 cod. civ. non atterrebbe alla legittimazione ad agire quanto piuttosto al diritto all'annullamento, del quale rappresenterebbe, unitamente al diritto di voto, un fatto costitutivo¹⁵⁵.

A sostegno di tale orientamento si evidenzia la possibilità fornita dallo stesso art. 2377 cod. civ. di ridurre o escludere il requisito del numero minimo di azioni, la quale non potrebbe trovare spazio laddove tali limitazioni incidessero sulla legittimazione ad agire, sottratta *ex art.* 81 cod. proc. civ. alla disponibilità delle parti.

In questo senso, la prospettata violazione dell'art. 24 Cost. non sarebbe ipotizzabile trattandosi di norma che attiene all'ambito delle garanzie processuali delle parti e non già al diverso atteggiarsi della disciplina dei rapporti sostanziali¹⁵⁶ ed il parametro costituzionale alla cui stregua valutare la legittimità dell'art. 2377, terzo comma, cod. civ. dovrebbe essere eventualmente rappresentato dall'art. 3 Cost.

In altri termini, la scelta del legislatore di non riconoscere ai soci di minoranza il diritto di ottenere l'annullamento della delibera contraria alla legge o all'atto costitutivo ben potrebbe essere ritenuta contraria al principio di uguaglianza, determinando una disuguaglianza e una discriminazione tra gli azionisti¹⁵⁷, ma non lesiva del diritto di azione in giudizio, il quale potrebbe invece considerarsi violato

¹⁵⁵ In tal senso, SCALA, "Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378", in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II, 264, secondo cui è molto discutibile che il d.lgs. n. 6/2003 sia intervenuto sulla legittimazione ad agire dei soci apparendo più condivisibile l'idea che il possesso azionario minimo attenga al merito del diritto all'annullamento; FERRI, "Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali", in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, 58; IANNICELLI, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Salerno, 2008, 1094 ss.

¹⁵⁶ Così Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 394, in *Foro it.*, 2000, I, 353.

¹⁵⁷ In senso contrario SPAGNUOLO, *op. cit.*, 351, il quale ritiene che la disparità di trattamento sia giustificata dalla diversa misura della partecipazione dei soci alla società e quindi dal diverso rilievo che il legislatore riconosce all'interesse di cui sono portatori.

allorquando si stabilisse che in nessun modo è possibile agire in giudizio per lamentare l'illegittimità di una delibera invalida.

1.2.2 Il limite del possesso azionario per l'impugnativa della deliberazione di approvazione del bilancio.

Un'ulteriore soglia di sbarramento per la legittimazione all'impugnazione è prevista dall'art. 2434 *bis*, secondo comma, cod. civ. per le delibere di approvazione del bilancio di esercizio su cui il revisore non abbia formulato rilievi, le quali possono essere impugnate da tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale.

La norma ha il suo antecedente nell'art. 6 del d.p.r. 31 marzo 1975 n. 136 il quale prescriveva per la legittimazione dei soci all'impugnazione dei bilanci certificati una percentuale minima di partecipazione al capitale sociale pari ad un ventesimo, o il possesso di azioni di valore nominale pari ad un minimo di 100 milioni di lire se il capitale era superiore a due miliardi di lire.

La disposizione è stata poi sostituita dall'art. 157 del d.lg. 24 febbraio 1998 n. 58, il quale ha previsto che la deliberazione dell'assemblea o del consiglio di sorveglianza che approvi il bilancio di esercizio possa essere impugnata, per mancata conformità alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione, da tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale, temperata dalla concorrente legittimazione della Consob seppur in limiti temporali assai ristretti (sei mesi dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese).

Il legislatore del 2003 ha quindi privilegiato l'interesse alla stabilità del bilancio certificato in modo più ampio di quanto fosse stato fatto in passato, prevedendo una restrizione di legittimazione all'impugnativa che non riguarda solo la regolarità del procedimento di approvazione bensì tutte le ipotesi di invalidità della delibera.

La differente formulazione delle due norme ha tuttavia determinato delle incertezze interpretative.

Ci si chiede in primo luogo se la disciplina dettata per le società quotate escluda rispetto ad esse l'applicazione dell'art. 2434 *bis* cod. civ.

Ai sensi dell'art. 2325 *bis* cod. civ. le nuove disposizioni di diritto comune si applicano alle società emittenti azioni quotate nei mercati regolamentati in quanto non sia diversamente stabilito da altre norme del codice civile o da leggi speciali.

A ben vedere, l'art. 157 del d.lg. suindicato non costituisce deroga alla disciplina generale risultante dalla riforma, bensì un'ipotesi particolare che potrebbe essere ricompresa nella previsione generale dell'art. 2434 *bis* cod. civ., per cui mentre la norma speciale fa riferimento alle ipotesi di mancata conformità del bilancio ai criteri che ne disciplinano la redazione, la disposizione codicistica generale troverebbe applicazione nelle ulteriori ipotesi di invalidità¹⁵⁸.

Si noti inoltre che la possibilità di ridurre o escludere il presupposto di cui all'art. 2377, secondo comma, cod. civ., non è contemplata dall'art. 2434 *bis* cod. civ., circostanza riconducibile al probabile intento del legislatore di non lasciare all'autonomia privata il potere di eliminare o ridurre una restrizione alla legittimazione ad un'azione di impugnazione potenzialmente idonea a produrre effetti destabilizzanti ancor più rilevanti rispetto ad altre delibere¹⁵⁹.

Secondo l'art. 157 del d.lg. 24 febbraio 1998 n. 58 poi, nelle società quotate la limitazione alla legittimazione dei soci all'impugnativa si produce sia nel caso di un giudizio positivo senza rilievi sia nel caso di un giudizio positivo con rilievi, e ciascun socio resta libero di proporre un'impugnativa verso il bilancio nei soli casi di giudizio negativo o di impossibilità di esprimere un giudizio.

L'art. 2434 *bis* cod. civ. prevede invece che la legittimazione ad impugnare sia circoscritta ai soci possessori del *minimum* azionario con riguardo alle sole deliberazioni di approvazione di bilancio su cui il revisore non abbia formulato

¹⁵⁸ In tal senso, GENOVESE, "Le fattispecie tipiche di invalidità", in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II, 244.

¹⁵⁹ Così COLOMBO, "L'invalidità dell'approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003", in *Riv. Soc.*, 2006.

rilievi, ed è quindi condizionata ad una circostanza che attiene al contenuto del bilancio, alla sua chiarezza, correttezza e veridicità, unici aspetti sui quali può darsi l'alternativa tra rilievi e non rilievi del revisore.

Tale soluzione può forse trovare giustificazione nell'esigenza di assicurare maggiore certezza nel settore della quotazione di borsa, più sensibile all'influenza negativa di azioni giudiziarie che mettano in discussione l'attendibilità dei bilanci, o nel fatto che nelle società non quotate e che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio manca la possibilità di un'impugnativa da parte della Consob in sostituzione dei soci di minoranza, ragion per cui la limitazione della legittimazione ad impugnare del socio viene circoscritta ai soli casi in cui i revisori riconoscono che il bilancio è privo di vizi.

Occorre inoltre precisare che per «soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti» (dicitura che ha così sostituito il precedente «revisore non ha formulato rilievi» a seguito del d.lgs. 21 gennaio 2010 n. 39) si debba intendere non solo il revisore esterno ma anche il collegio sindacale, cui in una società che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio e non tenuta alla redazione del bilancio consolidato lo statuto abbia eventualmente attribuito la funzione di controllo contabile *ex art. 2409 bis*, terzo comma, cod. civ. trattandosi di un controllo legale in tutto parificato a quello del revisore esterno¹⁶⁰.

Ed infatti, nelle s.p.a. in cui il controllo contabile è affidato ai sindaci, questi devono rivestire la qualifica di revisore contabile e svolgere integralmente le funzioni di controllo previste dall'art. 2409 *ter* cod. civ. restando così inalterate sia la professionalità dei controllori che l'ampiezza della vigilanza.

¹⁶⁰ In tal senso, BUSSOLETTI, *Sub art. 2434 bis c.c.*, in NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004, II, 1088; LOLLI, *Sub art. 2434 bis c.c.*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II, 1437; COLOMBO, *op. cit.*

Contra SALAFIA, "L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria", *op. cit.*, 1182; MUSCOLO, "L'impugnazione delle deliberazioni assembleari di operazioni sul capitale, emissione di obbligazioni e approvazione del bilancio", in *Società*, 7, 2003, 935, secondo la quale la presunzione di maggior affidabilità della certificazione esterna fa ritenere la norma applicabile soltanto al caso di controllo contabile esterno.

La compressione del diritto di impugnativa in materia di bilancio non è peraltro controbilanciata dal riconoscimento di un'azione per il risarcimento del danno come disposto dall'art. 2377, terzo comma, cod. civ.

Se a tale lacuna si è invero sopperito attraverso un'integrazione del testo della Relazione al d.lgs. 5/2003, (in virtù della quale in materia di impugnativa di bilancio potrà spiegare la propria funzione di protezione degli interessi dei soci e dei terzi eventualmente danneggiati il rimedio alternativo dell'azione di risarcimento), nonché attraverso il richiamo alla disciplina dell'art. 2377 cod. civ., resta ferma l'assenza di analoga disposizione da parte dell'art. 157 t.u.f., rispetto al quale potrebbe tornare ancora una volta in rilievo l'art. 2325 *bis*, secondo comma, cod. civ., il quale estende alle società quotate le norme del codice civile in quanto non sia diversamente disposto dalle altre norme del codice o di leggi speciali.

Ulteriore questione interpretativa posta dall'art. 2434 *bis* cod. civ. riguarda l'applicabilità della limitazione posta dalla norma sia alle azioni di nullità che a quelle di annullamento, rispetto alla quale la menzione nel primo comma dell'articolo di entrambe le fattispecie di invalidità offre argomenti per un'interpretazione estensiva¹⁶¹.

A suffragio di questa interpretazione si adduce il fatto che l'art. 2434 *bis* cod. civ. non ripropone la precisazione di cui all'art. 2377, secondo comma, cod. civ., il quale impone di calcolare la quota legittimante per l'impugnativa sulla base dell'intero capitale sociale e non soltanto sulla parte rappresentata da azioni con diritto di voto¹⁶².

¹⁶¹ In senso favorevole, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 8° ed., Torino, 2012, 492; MUSCOLO, "L'impugnazione delle deliberazioni assembleari di operazioni sul capitale, emissione di obbligazioni e approvazione del bilancio", *op. cit.*, 935; SANZO, *Sub art. 2377 c.c.*, *op. cit.*, 620, nota 36, secondo cui non avrebbe avuto alcun senso puntualizzare l'esistenza di detta soglia dato che la legittimazione all'impugnazione per annullabilità del bilancio sarebbe stata comunque regolata dall'art. 2377 c.c.

In senso contrario COLOMBO, *op. cit.*, il quale ritiene che la restrizione della legittimazione dettata dall'art. 2434 *bis*, co. 2, riguardi la sola azione per la dichiarazione di nullità per vizi del contenuto di bilancio.

¹⁶² In tal senso GENOVESE, "Le fattispecie tipiche di invalidità", *op. cit.*, 244 s., la quale mostra perplessità rispetto ad un criterio di calcolo della percentuale richiesta per l'impugnativa distinto per le ipotesi di nullità ed annullamento.

Ciò che ne deriva è tuttavia una disciplina particolarmente variegata in virtù della quale, ad esempio, in una società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio qualora l'assemblea deliberi sia la nomina degli amministratori che l'approvazione del bilancio, su cui il revisore non abbia espresso rilievi, i soci che rappresentano l'uno per mille del capitale rappresentato da azioni con diritto di voto potranno chiedere l'annullamento della nomina degli amministratori *ex art. 2377*, terzo comma, cod. civ., ma non potranno chiedere l'annullamento, per lo stesso vizio, dell'approvazione del bilancio, poiché non raggiungono il cinque per cento del capitale sociale.

Il rilascio di una positiva certificazione da parte dei revisori, se comprime la legittimazione all'impugnativa del bilancio da parte dei soci, non sembra però pregiudicare la legittimazione degli organi sociali, né la rilevabilità d'ufficio, ritenendo al riguardo l'opinione dominante che per quanto non espressamente derogato trovi integrale applicazione la disciplina generale dell'impugnativa delle delibere assembleari fissata dagli articoli 2377 – 2379 cod. civ. Ed in questo senso si ritiene che la nullità della delibera per vizi di contenuto possa essere fatta valere anche da ogni terzo interessato¹⁶³.

1.2.3 La sua controversa applicabilità alle impugnazioni di delibere assembleari delle società cooperative.

In virtù del generico richiamo di cui all'art. 2519 cod. civ. e dell'assenza di disposizioni *ad hoc*, l'impugnazione delle delibere assembleari di società cooperative è regolata dalle disposizioni dettate per le società per azioni, in quanto compatibili.

La previsione di un *quorum* azionario minimo ai fini della legittimazione all'impugnazione ha tuttavia determinato una delicata e dibattuta questione

¹⁶³ Così CAMPOBASSO, *op. ult. cit.*, 492 s.; LOLLI, *Sub art. 2434 bis c.c.*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II, 1439; GENOVESE, "Le fattispecie tipiche di invalidità", *op. cit.*, 245.

interpretativa in ordine alla compatibilità tra i principi ispiratori in materia di cooperazione e la disciplina dettata per l'impugnazione delle delibere assembleari nelle società per azioni.

La soluzione prescelta per quest'ultime dal legislatore è apparsa infatti difficilmente conciliabile con le caratteristiche proprie delle società cooperative e con quei tratti delle stesse che ne segnano il fondamentale distacco dalle società capitalistiche.

Il carattere marcante delle società mutualistiche va infatti individuato nella centralità della figura del socio e delle sue caratteristiche personali, la quale trova compiuta espressione nel c.d. principio democratico, sancito dall'art. 2538, secondo comma, cod. civ., in virtù del quale ciascun socio cooperatore ha un voto, qualunque sia il valore della quota o il numero di azioni possedute.

Il principio della democrazia cooperativa, volto a garantire la partecipazione attiva e consapevole dei soci alla gestione dell'impresa e la rappresentanza anche delle componenti minoritarie, costituisce il cuore della cooperazione e consente l'attuazione della funzione sociale che l'art. 45 Cost. riconosce, promuove e favorisce.

Proprio il carattere personalistico della società cooperativa e la sua organizzazione democratica rappresentano i principali parametri di riferimento per il giudizio di compatibilità richiesto dall'art. 2519 cod. civ. e sembrano come tali porsi in contrasto con la qualificazione del diritto di impugnazione delle delibere invalide quale diritto della minoranza.

Sulla base di queste considerazioni alcune pronunce di merito sono giunte ad affermare il principio per cui, posto che il diritto di impugnazione della delibera assembleare della società cooperativa è inscindibilmente legato al diritto di voto, ne deve conseguire che l'attribuzione nelle società cooperative a ciascun socio cooperatore di un voto in assemblea, qualunque sia il valore della sua quota o il numero delle azioni possedute, implica necessariamente la legittimazione di ciascun socio ad impugnare la deliberazione assembleare, senza che sia applicabile il *quorum* di cui all'art. 2377, terzo comma, cod. civ.

Secondo tale orientamento, il potere di impugnazione del socio dovrebbe configurarsi quale elemento imprescindibilmente legato al diritto di partecipare alla riunione e sarebbe da considerarsi in tal senso contraddittorio attribuirgli il potere di influire sull'attività sociale attraverso l'esercizio del diritto di voto e al tempo stesso negare il potere di impugnazione della delibera adottata a quelli che non raggiungano la soglia partecipativa prevista dall'art. 2377 cod. civ.¹⁶⁴

Ogni elemento addotto a fondamento della presunta incompatibilità tra principio democratico e deroga alla regola del voto capitaro è tuttavia destinato a cadere se si considera che il principio del voto capitaro subisce oggi diverse eccezioni nella disciplina normativa delle società cooperative.

La legge consente infatti che il diritto di voto venga commisurato all'entità della partecipazione o al numero complessivo dei soci nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2545 *bis*, primo comma, cod. civ. relativa al diritto di questi ultimi di esaminare il libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo (ciroscritto a quando «almeno un decimo del numero complessivo lo richieda ovvero almeno un ventesimo quando la cooperativa ha più di tremila soci»), nonché dall'art. 2545 *quinquiesdecies*, primo comma, cod. civ. con riferimento all'attribuzione del potere di denuncia al Tribunale («I fatti previsti dall'art. 2409 possono essere denunciati al tribunale dai soci che siano titolari del decimo del capitale sociale ovvero da un decimo del numero complessivo dei soci, e, nelle società cooperative che hanno più di tremila soci, da un ventesimo dei soci»).

Ulteriori deroghe sono rappresentate dall'ammissione per le sole cooperative con scopo consortile della correlazione, secondo un criterio proporzionale, del potere deliberativo del singolo socio alla sua partecipazione allo scambio mutualistico e dalla possibilità di parametrare il diritto di voto del socio all'entità della sua

¹⁶⁴ Così Trib. Salerno, 28 ottobre 2008, in *Dir. Fall.*, 2010, 5, 447 ss., secondo cui la previsione di una limitazione all'impugnativa delle delibere assembleari delle società cooperative è incompatibile con il rispetto del principio di uguaglianza da intendersi in senso personalistico, non ritenendosi il possesso di una parte qualificata di capitale sociale un *discrimen* ragionevole idoneo a differenziare le posizioni dei soci senza incorrere nella violazione del principio di cui all'art. 2516 c.c.

partecipazione o agli scambi mutualistici qualora occorra deliberare in ordine alla nomina dell'organo di controllo.

Infine, a favore dell'applicabilità *tout court* del *quorum* di legittimazione militerebbe il richiamo all'art. 2377 cod. civ. compiuto dal legislatore nell'ambito della disciplina delle assemblee separate *ex art.* 2540 cod. civ.

L'atto costitutivo delle società cooperative può infatti prevedere lo svolgimento di assemblee separate, anche rispetto a specifiche materie o in presenza di particolari categorie di soci, e lo svolgimento di tali assemblee deve essere previsto quando la società cooperativa ha più di tremila soci e svolge la propria attività in più province, ovvero se ha più di cinquecento soci e si realizzano più gestioni mutualistiche.

La suindicata norma prevede al quinto comma che le deliberazioni dell'assemblea generale possono essere impugnate ai sensi dell'art. 2377 cod. civ. anche dai soci assenti e dissenzienti nelle assemblee separate, quando senza i voti espressi dai delegati delle assemblee separate irregolarmente tenute, verrebbe meno la maggioranza richiesta per la validità della deliberazione.

L'art. 2377 cod. civ. viene quindi richiamato *tout court*, senza alcuna limitazione né espressa, né di compatibilità, lasciando intendere che se tale disciplina deve essere applicata integralmente nel caso in cui all'assemblea generale si affianchino le assemblee separate, non esisterebbe alcuna ragione per escluderne l'applicabilità nel caso in cui vi sia solamente l'assemblea generale¹⁶⁵.

Dall'esame della normativa in materia di società cooperative è quindi possibile rilevare come in alcuni casi, in seguito ad un'operazione di bilanciamento di interessi contrapposti, l'interesse sociale prevalga sul principio personalistico e sull'interesse del singolo socio.

Nell'ottica di una più attenta valutazione degli interessi sottesi all'impugnazione delle delibere assembleari si è pertanto evidenziato che il voto capitarario tende ad assicurare la partecipazione del socio cooperatore al processo

¹⁶⁵ In argomento si veda REALI, "La controversa applicabilità dei quorum di legittimazione di cui all'art. 2377 cod. civ. comma 3 alle impugnazioni delle delibere assembleari delle cooperative", in *Dir. Fall.*, 2010, 5, 447 ss.

volitivo della società, attribuendogli il potere di incidere sulle scelte gestionali della medesima indipendentemente dall'entità della partecipazione posseduta.

La previsione di limiti alla legittimazione all'impugnativa delle delibere assembleari attiene invece non alla fase in cui vengono compiute le scelte attinenti alla vita economica della società, bensì a quella successiva di tutela giurisdizionale del socio rispetto alle decisioni adottate.

In altri termini, mentre fondare la partecipazione del socio alle decisioni sociali sulla base dell'entità della partecipazione sarebbe in contrasto con il principio democratico, la medesima considerazione non potrebbe trasferirsi *sic et simpliciter* nella fase di tutela giurisdizionale, dove si ha riguardo alla tutela dell'interesse alla legalità dell'azione sociale in sé considerata¹⁶⁶.

Nel tentativo di cercare un punto di equilibrio tra la previsione di *quorum* legittimativi e i principi del voto capitaro e della parità di trattamento che caratterizzano le cooperative, in dottrina si è tuttavia sostenuta la piena applicabilità della disciplina prevista per le società per azioni con l'unica avvertenza che le percentuali previste dal terzo comma dell'art. 2377 cod. civ., dovrebbero essere riferite non già al capitale sociale, né al numero complessivo dei soci, bensì al numero di voti spettanti agli stessi, secondo la regola desumibile dal quinto comma dell'art. 2538 cod. civ., dando così luogo ad una lettura parziale e correttiva dell'art. 2377, terzo comma, cod. civ., attraverso il parametro della clausola di compatibilità di cui all'art. 2519 cod. civ.¹⁶⁷

Pur riferendo le percentuali previste non già al capitale sociale, bensì ai voti spettanti ai soci, non sembra tuttavia si possa superare l'obiezione secondo la quale

¹⁶⁶ In questo senso Trib. Vallo della Lucania, 23 marzo 2012, in *Giur. Comm.*, 1, 2013, secondo cui “tale impostazione non appare corretta in quanto muove da una non corretta sovrapposizione di piani: mentre il voto capitaro è, infatti, strumentale alla partecipazione del socio alle decisioni sociali e dunque alla gestione della cooperativa, la soglia del 5% del capitale sociale fissata dall'art. 2377, terzo comma, c.c. per l'impugnativa delle deliberazioni assembleari costituisce un filtro ed un limite al solo esercizio della tutela giurisdizionale del socio”.

¹⁶⁷ Così BONFANTE, *Sub art. 2538 c.c.*, in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 2566; *Id.*, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, 278; RACUGNO, *La società cooperativa*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 9, 126.

ciò comporterebbe la trasformazione del diritto di impugnativa da diritto individuale a diritto di una minoranza qualificata.

Una tale interpretazione potrebbe sostenersi solo di fronte all'impossibilità di individuare nel sistema delle soddisfacenti soluzioni alternative, che consentano di trovare un punto di equilibrio con le caratteristiche proprie delle società cooperative.

Non è possibile escludere l'applicabilità del *quorum* azionario alla realtà delle società cooperative (ad eccezione di quelle che rivestono la forma di società a responsabilità limitata, per le quali l'art. 2519 cod. civ. afferma che l'atto costitutivo possa prevedere l'applicazione della disciplina ad esse relativa a condizione che abbiano un numero di soci inferiore a venti o un attivo patrimoniale non superiore ad un milione di euro), richiedendo la normativa ad esse relativa di fare riferimento alle regole proprie delle società per azioni, che a tale presupposto fanno riferimento.

Ciò non toglie tuttavia che la proiezione di tali regole nella dimensione cooperativa debba in ogni caso avvenire nel rispetto delle specificità proprie dell'impresa mutualistica, nella quale occorre sempre garantire la prevalenza del principio personalistico su quello capitalistico, non potendosi perciò prescindere da una necessaria operazione di coordinamento tra le discipline.

Tale considerazione trova conferma nell'art. 135 del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, il quale seppur dettato con riferimento alle sole società cooperative quotate, prescrive che «per le società cooperative le percentuali di capitale individuate nel codice civile per l'esercizio di diritti da parte dei soci sono rapportate al numero complessivo dei soci stessi»¹⁶⁸.

La norma ammette quindi la compatibilità dei diritti di minoranza con il principio democratico pur non consentendo in nessun caso di parametrare quel diritto alla partecipazione detenuta secondo un criterio propriamente capitalistico.

¹⁶⁸ Sostiene che la legittimazione ad impugnare le deliberazioni annullabili nelle società cooperative vada accertata sulla base del criterio rappresentato non dal numero di azioni di cui sono titolari gli impugnanti bensì dal numero complessivo dei soci, CUSA, *sub* art. 2538 c.c., in PRESTI (a cura di), *Società cooperative*, in MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2007, 307; RENZULLI, "La legittimazione all'impugnazione delle deliberazioni assembleari nelle società cooperative", in *Giur. Comm.*, 1, 2013.

1.2.4 La sussistenza della qualità di socio possessore della quota minima al momento dell'impugnazione.

La partecipazione azionaria del socio al momento dell'adozione della delibera potrebbe essere diversa da quella posseduta al momento in cui viene ad incardinarsi l'azione di annullamento e tale eventuale discrasia pone pertanto il problema di valutare se la legittimazione all'impugnazione possa spettare a colui che nelle more non è più azionista nonché al nuovo socio.

Per ciò che concerne l'ex socio, nella disciplina previgente si tendeva a negare che potesse far valere l'invalidità della delibera colui che avesse nelle more ceduto la propria partecipazione azionaria, deponendo in tal senso il sistema del deposito dell'azione da parte dell'opponente previsto dall'art. 2378, secondo comma, cod. civ., il quale presupponeva pertanto la qualità di socio.

Oggi, l'esclusione della legittimazione dell'ex socio viene confermata dalla nuova formulazione dell'art. 2378, secondo comma, cod. civ., il quale stabilisce che «il socio o i soci oppositori devono dimostrarsi possessori al tempo dell'impugnazione del numero delle azioni previsto dal terzo comma dell'art. 2377».

Fermo restando quanto disposto dall'art. 111 del codice di procedura civile, qualora nel corso del processo venga meno a seguito di trasferimenti per atto tra vivi il richiesto numero delle azioni, il giudice, previa se del caso revoca del provvedimento di sospensione, non può pronunciare l'annullamento e provvede sul risarcimento dell'eventuale danno, ove richiesto.

Il socio uscente che si ritenga leso dall'invalidità della delibera potrà quindi, in via residuale, avanzare solo una richiesta di risarcimento del danno.

La soluzione prescelta appare invero giustificata dalla riflessione per cui chi non fa più parte della compagine societaria cessa di avere un effettivo interesse a perseguire il rispetto delle norme legali e statutarie relative all'esercizio del potere assembleare.

La linearità del sistema entra tuttavia in crisi in talune ipotesi, nelle quali l'operatività della norma viene a scontrarsi con altri interessi.

Un primo caso, affrontato dalla giurisprudenza, è quello della legittimazione ad impugnare la deliberazione da parte del soggetto che abbia perso la qualità di socio proprio in conseguenza della deliberazione che intenda impugnare. Si pensi al caso di una deliberazione di azzeramento e contestuale aumento del capitale sociale che venga impugnata dal soggetto che non avendo sottoscritto le nuove azioni abbia perso la precedente qualità di socio.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che *“il venir meno in corso di causa del requisito di legittimazione, consistente nell'essere l'attore socio della società convenuta, impedisce al giudice di pronunciare l'eventuale annullamento della deliberazione assembleare impugnata perché è venuto altresì meno il potere dell'attore di interloquire sul modo di essere e di operare degli organi sociali, e perciò anche, attraverso l'annullamento di quella deliberazione, il potere di incidere sugli effetti che essa ha prodotto (o è ancora in grado di produrre nella sfera della società) e di imporre eventualmente agli amministratori di adottare i conseguenti provvedimenti”*¹⁶⁹.

La medesima giurisprudenza ritiene tuttavia che a tali principi faccia eccezione il caso in cui il venir meno della qualità di socio in capo all'impugnante sia diretta conseguenza della deliberazione la cui legittimità si contesta.

In tal caso risulterebbe evidente che se l'annullamento della deliberazione può condurre al ripristino della qualità di socio dell'attore, e ciò costituisce una delle ragioni per cui essa viene impugnata, sarebbe logicamente incongruo addurre come causa del difetto di legittimazione proprio quel fatto che l'attore assume essere *contra legem* e di cui vorrebbe vedere eliminati gli effetti.

La soluzione del problema relativo alla legittimazione all'impugnazione del soggetto che ha perso lo *status* di socio non può tuttavia essere unitaria, occorrendo distinguere fra le varie ipotesi che determinano la perdita della qualità di socio o della soglia di capitale prevista dall'art. 2377, terzo comma, cod. civ.

¹⁶⁹ Così Cass., 7 novembre 2008, n. 26842, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

Ed infatti nelle società di capitali essa può avvenire oltre che nel caso di azzeramento e ricostituzione o aumento del capitale sociale, per cessione della partecipazione, a seguito di recesso dalla società, in virtù di esclusione nelle società a responsabilità limitata (art. 2473 *bis* cod. civ) e nelle società cooperative (art. 2533 cod. civ.)

Se la giurisprudenza si è mostrata propensa ad ammettere l'impugnazione proveniente dal socio escluso¹⁷⁰, maggiori problematiche sono invece sorte in ordine alla configurazione di tale legittimazione in capo al socio receduto.

Il fatto che l'esercizio del diritto di recesso costituisca una forma di perdita volontaria dello *status* di socio potrebbe infatti condurre a negare l'interesse all'impugnazione.

La questione si ricollega alla controversa individuazione del momento in cui lo *status socii* viene meno, rispetto al quale, nel silenzio degli articoli 2437 e seguenti cod. civ. si riscontrano almeno tre diversi orientamenti.

Parte della giurisprudenza ritiene che, al pari di ogni altro atto recettizio, la dichiarazione di recesso sarebbe giuridicamente efficace sin dal momento in cui viene ricevuta dal destinatario, ovvero dalla società¹⁷¹.

Altra parte della giurisprudenza e della dottrina ritiene invece che il socio perderebbe il proprio *status* solo al momento della liquidazione della propria partecipazione sociale¹⁷².

¹⁷⁰ In questo senso si era pronunciata Cass., 13 gennaio 1988, n. 181, in *Nuova giur. comm.*, 1988, I, 635, secondo cui tutte le volte in cui un diritto dell'ex socio nei confronti della società in relazione alla sua passata partecipazione ad essa dipenda dall'accertamento della legittimità di una delibera assembleare presa quando egli era ancora socio, negargli la possibilità di impugnarla significherebbe negargli la possibilità di far valere quel diritto medesimo con evidente compromissione del più elementare senso di giustizia.

¹⁷¹ Così Trib. Orvieto, 18 febbraio 1994, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, II, 411; Trib. Arezzo, 16 novembre 2004, in *Corr. Merito*, 2005, 279; Trib. Roma, 11 maggio 2005, in *Società*, 2006, 54; Trib. Napoli, 14 gennaio 2011, in *Giur. Comm.*, 3, 2012, 702, il quale afferma però la legittimazione del socio receduto all'azione di annullamento.

¹⁷² RORDORF, "Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma", in *Società*, 7, 2003, 928; CAGNASSO, "Il recesso", in ABRIANI - AMBROSINI - CAGNASSO - MONTALENTI (a cura di), *Le società per azioni*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, 2010, 965; GALLETTI, *Sub art. 2437 bis*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II, 1560 ss.; CALLEGARI, *Sub art. 2437 bis*, in COTTINO - BONFANTE - CAGNASSO - MONTALENTI, (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 1415.

In giurisprudenza v. Trib. Tivoli, 19 gennaio 2011, in *Società*, 2011, 475.

Un ulteriore orientamento ritiene che il socio perda la propria qualità solo nel momento in cui sia decorso invano il termine di novanta giorni concesso alla società per revocare la delibera o per deliberare lo scioglimento della società¹⁷³.

Pur nella indubitabile problematicità della materia, la tesi che individua nella liquidazione delle azioni il momento della perdita della qualità di socio e che gli riconosce fino a tale momento l'esercizio dei diritti sociali appare condivisibile, in considerazione del fatto che fino a quel momento i diritti degli altri soci continueranno ad essere commisurati all'ammontare complessivo del capitale sociale, comprensivo della frazione di cui è titolare il socio receduto.

Fino al momento in cui ha la titolarità della partecipazione sociale il socio receduto non perde quindi la legittimazione, ma l'esercizio dei diritti sociali andrebbe valutato sotto il profilo dell'interesse che lo sorregge, trattandosi pur sempre di un socio in procinto di separare i propri interessi da quelli della società, le vicende del cui patrimonio sociale successive alla liquidazione della quota potrebbero pertanto essere estranee¹⁷⁴.

Il rapporto tra effetti dell'annullamento della delibera impugnata e *status socii* fonderebbe quindi la legittimazione all'impugnazione del socio receduto della sola delibera che ne ha costituito il fondamento, poiché la caducazione della stessa comporterebbe la rimozione automatica anche degli effetti del recesso successivamente dichiarato.

Sul punto occorre rilevare che se è vero che l'annullamento di un contratto o di un altro atto negoziale opera retroattivamente e determina l'automatica rimozione di tutti i suoi effetti giuridici, compresi quelli derivanti da atti che hanno come

¹⁷³ DI CATALDO, "Il recesso del socio di società per azioni", in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2007, III, 252 ss.; CORSI, "Il momento di operatività del recesso nelle società per azioni", in *Giur. Comm.*, 2005, I, 317 ss.

In giurisprudenza Trib. Pavia, 5 agosto 2008, in *Giur. Comm.*, 2009, II, 1220.

¹⁷⁴ In argomento v. D'ATTORRE, "Legittimazione del socio receduto all'azione di annullamento delle deliberazioni assembleari", in *Giur. Comm.*, 3, 2012, il quale sottolinea come si debba tener conto di ciò per valutare l'eventuale posizione di conflitto di interessi in cui il socio recedente potrebbe venirsi a trovare in occasione, ad esempio, di un'adunanza assembleare convocata per revocare la deliberazione da cui il suo diritto di recesso era scaturito. In argomento v. anche App. Milano, 21 aprile 2007, in *Società*, 2008, 1122.

fondamento quello annullato, non è altrettanto certa la possibilità di trasporre la medesima soluzione nel campo dell'invalidità delle delibere assembleari, la cui distanza dal fenomeno negoziale si è già avuto modo di sottolineare.

La delibera infatti, si colloca all'interno dell'attività della società ed assume un valore organizzativo e strumentale rispetto alla stessa, imponendo una precisa direzione alla successiva attività sociale.

L'affermazione per cui la legittimazione all'impugnazione del socio receduto si giustificerebbe per la circostanza che l'annullamento della deliberazione determinerebbe l'automatica rimozione degli effetti giuridici, compreso il recesso, compiuti sulla base di essa, va quindi contestualizzata.

Occorre infatti tenere conto dei profili di criticità che emergono laddove, ad esempio, il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento non sia stato preceduto dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione *ex art. 2378*, quarto comma, cod. civ., e giunga a distanza di molti anni dall'avvenuto recesso del socio e dalla liquidazione della sua quota, nel cui frattanto potrebbero essere state assunte delle delibere che hanno inciso in profondità sulla struttura della società e sulla compagine sociale.

Potrebbe essere stato deliberato un aumento di capitale a pagamento o un azzeramento dello stesso con seguente ricostituzione senza la partecipazione del socio receduto, oppure potrebbe essere stata deliberata una scissione o una fusione con altra società sulla base di un rapporto di cambio che non ha tenuto conto delle azioni di titolarità del socio receduto.

In altri termini, si potrebbero verificare delle modifiche organizzative significative le quali si scontrerebbero con il ripristino *ipso iure* dello stato di socio perduto, non essendo possibile ripristinare l'originaria situazione.

La possibilità dell'ex socio receduto di chiedere e ottenere l'annullamento potrebbe quindi determinare un turbamento alla funzionalità e stabilità delle vicende societarie in virtù degli effetti dell'eventuale accoglimento dell'impugnazione in relazione alle modifiche dell'organizzazione sociale intervenute dopo la liquidazione della quota del socio, e l'assenza di un indice normativo diverso conduce ad

escludere la legittimazione di colui che abbia perso lo *status socii* all'annullamento ed impedisce, laddove già proposta, al giudice di pronunciarsi a meno che il socio receduto non prima abbia ottenuto la sospensione cautelare di cui all'art. 2378, terzo comma, cod. civ., potendo in tal caso mantenere la propria qualità di socio fino alla sentenza di merito.

Ancor più controversa e complessa è la situazione di chi sia divenuto socio nel periodo di tempo intercorrente tra l'adozione della delibera e lo scadere del termine decadenziale per la proposizione dell'impugnativa. Questione che va peraltro raccordata con la contigua problematica della cessione della partecipazione azionaria dopo l'impugnazione, sia per acquisto *inter vivos* che per successione *mortis causa* ed il fenomeno può estendersi alla sottoscrizione di un aumento di capitale o alla conversione di obbligazioni in azioni.

Prima della riforma del diritto societario prevaleva in dottrina ed in giurisprudenza la tesi negativa, sulla base del presupposto che l'art. 2377 cod. civ. attribuendo il diritto ad impugnare al socio assente o dissenziente presupponesse la sussistenza della qualità di socio al momento della deliberazione¹⁷⁵ e che pertanto in caso di successiva alienazione della partecipazione sociale l'acquirente non potesse subentrare in quel diritto, né nella posizione processuale del suo dante causa.

Si rilevava infatti che il nuovo socio non poteva certamente dolersi dell'illegittimo esercizio del potere assembleare, poiché con l'acquisizione della posizione azionaria aveva scelto volontariamente di assoggettarsi ad esso, analogamente alla posizione del socio consenziente, ed era inoltre ben possibile che nella negoziazione della partecipazione azionaria si fosse peraltro tenuto già conto degli effetti negativi della deliberazione illegittima sulla posizione del nuovo socio¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Sul punto v. JAEGER, "Legittimazione ed interesse ad impugnare il bilancio", in *Giur. Comm.*, 1975, II, 48 ss.

¹⁷⁶ In argomento v. ZANARONE, *op. cit.*, 284 ss.; GRIPPO, "L'assemblea nella società per azioni", *op. cit.*, 421.

In giurisprudenza v. Cass., 9 agosto 1973, n. 2280, in *Foro it.*, 1973, I, 2975; Cass., 13 aprile 1989, n. 1788, in *Giust. Civ.*, 1989, I, 1827; Trib. Milano, 30 giugno 1983, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1985, II, 517; Trib. Milano, 23 giugno 1988, in *Società*, 1988, 1159; Trib. Milano, 23 ottobre 1989, in *Società*, 1990, 611.

A seguito della riforma del 2003, tali conclusioni sono state tuttavia riesaminate. La già richiamata indicazione dell'art. 2378, secondo comma, cod. civ., che impone ai soci impugnanti di dimostrarsi possessori del prescritto numero di azioni al tempo dell'impugnazione e non a quello della deliberazione, nonché il riferimento alla disciplina generale sul trasferimento del diritto in pendenza di lite *ex* art. 111 cod. proc. civ. hanno indotto a configurare la legittimazione anche del nuovo socio¹⁷⁷.

La situazione cui la norma fa riferimento è quella in cui nel corso del processo venga meno a seguito di trasferimento per atto tra vivi il numero di azioni prescritto dalla legge, stabilendo che in tal caso, l'annullamento della deliberazione impugnata non può essere pronunciato dal giudice, il quale dovrà se del caso revocare l'eventuale precedente provvedimento di sospensione e provvedere sul risarcimento del danno, ove richiesto.

La formulazione della norma desta tuttavia delle perplessità, in quanto da un lato, ravvisa nel sopravvenuto venir meno del possesso azionario minimo in virtù di alienazione *inter vivos* una causa ostativa al proseguimento del giudizio di annullamento, coerentemente con il principio per il quale la legittimazione deve sussistere intatta al momento della pronuncia. Dall'altro lato, però, il riferimento al disposto dell'art. 111 cod. proc. civ. dovrebbe comportare che la cessione delle partecipazioni sociali di cui gli attori erano titolari determini un fenomeno di successione nel diritto controverso, con conseguente prosecuzione del giudizio di annullamento tra le parti originarie, a meno che tutti acconsentano all'estromissione dell'alienante in conseguenza dell'intervento in giudizio dell'acquirente e fermo restando che gli effetti della sentenza saranno destinati a prodursi anche nei confronti di quest'ultimo.

Contra TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni delle società per azioni*, *op. cit.*, 209 ss. seguito da LENER, "Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni", in *Riv. Dir. Comm.*, I, 2004, 89 s., secondo cui il nuovo socio acquista una partecipazione completa, che include il diritto d'impugnativa a prescindere dalla posizione assunta dal suo dante causa all'atto della delibera.

¹⁷⁷ SANZO, *Sub* art. 2377 c. c., *op. cit.*, 623 s.; SCALA, *op. cit.*, 268 s., nota 28., il quale ritiene che la legittimazione ad impugnare del nuovo socio concili la previsione dell'art. 2377 c. c. che sembra presupporre la qualità di socio al momento dell'emanazione della delibera impugnata con il richiamo all'art. 111 c.p.c. contenuto nell'art. 2378 c.c.

È evidente come ciò sembri in assoluto contrasto con il senso complessivo dell'art. 2378 cod. civ., il quale sembra voler escludere la *perpetuatio legitimationis* di cui all'art. 111 cod. proc. civ.

Potrebbe allora ipotizzarsi che la norma vada letta nel senso che la perdita in corso di causa del *quorum* in conseguenza della cessione di una quota delle partecipazioni sociali occorrenti ad integrarla (o anche nel caso in cui ci si sia disfatti dell'intera partecipazione sociale), determini la sopravvenuta inammissibilità dell'azione di annullamento, con la precisazione che ciò non possa verificarsi allorquando il cessionario delle partecipazioni medesime intervenga in giudizio facendo propria l'iniziativa del suo dante causa e associandosi alla domanda da questi originariamente formulata¹⁷⁸.

In altri termini, l'espresso richiamo all'art. 111 cod. proc. civ. rende difficile sostenere il rifiuto per il socio subentrante di intervenire nel giudizio promosso dal suo dante causa ottenendo così una pronuncia di annullamento della deliberazione assembleare, ancorchè adottata prima che egli acquistasse la qualità di socio.

È pur vero che così argomentando parrebbe messa in discussione la necessità che l'attore si identifichi con il socio assente, dissenziente o astenuto in relazione alla deliberazione impugnata. E se tali condizioni sussistevano in capo al dante causa si stenta a comprendere perché la cessione della partecipazione sociale possa determinare la cessione del diritto d'impugnazione già esercitato dal cedente e non

¹⁷⁸ In tal senso RORDORF, *Sub art. 2378 c.c.*, in D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, II, 1, Padova, 2010, 871; MUSCOLO, "Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella s.p.a.: l'impugnazione", in *Società*, 2003, 677.

In argomento STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, 194 ss., esclude che l'acquirente delle azioni possa subentrare al cedente nel giudizio da questi promosso per l'annullamento della deliberazione; SCALA, *op. cit.*, 268 ss., il quale nega che l'azione possa essere esercitata *ex novo* dal medesimo acquirente; ABETE, *Sub art. 2378 c.c.*, in SANDULLI – SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, 2003, 364, il quale ritiene che il richiamo all'art. 111 c.p.c. sia riferito all'ipotesi del giudizio destinato a proseguire per il solo risarcimento dei danni; TERRUSI, *op. cit.*, secondo cui la prosecuzione del processo di annullamento è possibile solo se il trasferimento *inter vivos* ha interessato le azioni che legittimano all'impugnazione; SANZO, *Sub art. 2378 c.c.*, in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 637, per il quale fin quando l'acquirente non decida di intervenire nel giudizio di annullamento esso possa proseguire tra le parti originarie e produrre effetti anche nei suoi confronti, e che se l'acquirente è divenuto titolare di un numero di azioni superiore alla prevista soglia egli possa intervenire per proseguire il giudizio in nome proprio, mentre se l'acquisto ha riguardato un numero di azioni inferiore gli sia possibile cumulare la propria partecipazione con quella del suo dante causa al fine di proseguire congiuntamente nel processo.

anche di quello non ancora azionato che risulti comunque esercitabile per non essere scaduto il relativo termine.

In conclusione di questa disamina occorre precisare che quanto detto con riguardo alla legittimazione del nuovo socio non riguarda la diversa ipotesi di impugnativa proposta dagli eredi in caso di successione universale *mortis causa* di un soggetto che aveva lo *status* di socio legittimato e che è deceduto durante il periodo decadenziale di novanta giorni, dovendosi reputare che in tal caso il subentro dell'erede o legatario nella posizione del proprio dante causa lasci intatti i requisiti di legittimazione inizialmente esistenti¹⁷⁹.

La formulazione dell'art. 2378 cod. civ. sembra infatti confermare che il legislatore intende inibire la pronuncia sulla domanda di tutela reale solo ai trasferimenti *inter vivos*. Non avranno quindi rilievo i trasferimenti *mortis causa*, eventuali aumenti di capitale della società o altre operazioni che comportino la riduzione della partecipazione del socio impugnante al di sotto della soglia necessaria all'impugnazione o ancora la rinuncia all'azione da parte di uno o alcuni tra i soci la cui quota era stata da principio necessaria per raggiungere detta soglia¹⁸⁰.

1.3 La qualità di socio possessore di azioni con diritto di voto.

La legittimazione all'impugnativa delle delibere assembleari che presentino i vizi di cui all'articolo 2377 cod. civ. viene limitata ai soli soci aventi diritto di voto con riferimento alla delibera che si intende annullare.

La correlazione tra impugnativa e voto, per cui solo chi dispone del diritto di voto in ordine ad una determinata delibera può impugnarla, si spiega attraverso la giustificazione posta alla base del potere di impugnazione e l'interesse alla stessa sotteso, come precedentemente esaminato.

¹⁷⁹ Così IANNICELLI, *op. cit.*, 104 s., il quale sostiene che ciò avvenga a condizione che tutti gli eredi propongano la domanda, quando l'intera quota venga ereditata da più soggetti *pro indiviso*.

¹⁸⁰ In tal senso RORDORF, *Sub art. 2378 c.c., op. cit.*, 873; SANZO, *Sub art. 2378 c.c., op. cit.*, 637; SACCHI – VICARI, *op. cit.*, 646.

Ogni titolare del diritto di voto è depositario di un progetto di delibera cui ha interesse, che può far valere attraverso l'esercizio del suo diritto e che potrà risultare vincente laddove incontri il favore della maggioranza dei voti, o altrimenti soccombente qualora la maggioranza riesca a far valere un diverso contenuto della stessa.

In quest'ultimo caso, l'impugnativa è lo strumento offerto al socio titolare del diritto di voto per impedire che venga approvata una delibera di contenuto diverso da quello voluto e perseguito dagli altri soci non in conformità della legge o dell'atto costitutivo.

La limitazione di cui all'art. 2377 cod. civ. assume particolare importanza alla luce del disposto dell'art. 2351 cod. civ. (di recente riformulazione ad opera del d.lg. 24 giugno 2014 n. 91, convertito in legge 11 agosto 2014 n. 116) il quale consente la creazione di azioni senza diritto di voto o con diritto di voto limitato¹⁸¹ a particolari argomenti o subordinato al verificarsi di condizioni non meramente potestative, nonché con il cosiddetto voto per scaglioni di azioni possedute da un singolo azionista.

La restrizione posta dall'art. 2377 cod. civ. ai soggetti aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione impone quindi l'esclusione dal novero dei soggetti legittimati dei titolari di azioni di godimento (art. 2353 cod. civ.) se prive di diritto di voto, tutti i titolari di azioni che siano istituzionalmente prive del diritto di voto eventualmente con riferimento ad una determinata deliberazione, nonché tutti coloro

¹⁸¹ Agli azionisti con diritto di voto limitato era invece attribuita la legittimazione all'impugnazione delle delibere dell'assemblea ordinaria nella previgente formulazione dell'art. 2377 cod. civ., comma 2 («Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo possono essere impugnate dagli amministratori, dai sindaci e dai soci assenti o dissenzienti, e quelle dell'assemblea ordinaria altresì dai soci con diritto di voto limitato [...]»).

L'opinione prevalente in dottrina, sulla base dell'efficacia vincolante della delibera nei confronti di tutti i soci, compresi quelli privi di diritto di voto che non hanno contribuito all'approvazione della medesima, riteneva che anche quest'ultimi avrebbero dovuto essere investiti della relativa legittimazione ad impugnare (così FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da Vassalli, X, III, 1985, 652; FRÈ, *Società per azioni*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1982, 412; FERRARA – CORSI, *op. cit.*, 529. In senso contrario, SACCHI, «L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a.», in COLOMBO – PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 3, 1, Torino, 1990, 32; ZANARONE, *op. cit.*, 296 ss.; ANGELICI, «Le azioni», in COLOMBO – PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 3, 1, Torino, 1991, 290.

che pur avendo la titolarità del diritto di voto all'interno dell'assemblea che ha deliberato fossero temporaneamente impossibilitati al suo esercizio (in quanto dotati di un diritto di voto limitato a particolari condizioni) o non potessero votare sullo specifico argomento all'ordine del giorno (nel caso in cui, ad esempio, il diritto di voto sia limitato a particolari argomenti).

Parimenti esclusi dalla legittimazione ad impugnare sono gli azionisti di risparmio, in quanto privi di diritto di voto nelle assemblee ordinarie e straordinarie.

Rispetto a questi ultimi, è tuttavia prevista dall'art. 147, terzo comma, d.lgs. 58/1998, la legittimazione del rappresentante comune, il quale ne tutela gli interessi nei confronti della società, ad assistere all'assemblea e ad impugnarne le relative deliberazioni, pur essendo privo di diritto di voto in relazione alle medesime.

In tal caso, quindi, la correlazione tra legittimazione ad impugnare e diritto di voto viene a mancare ed è probabilmente da imputare alla considerazione del rappresentante comune degli azionisti di risparmio come organo della società¹⁸², il cui potere di impugnazione non è limitato alle deliberazioni pregiudizievoli per la categoria bensì esteso a qualsiasi deliberazione invalida e dannosa dell'assemblea generale della società¹⁸³.

Ai sensi dell'articolo 2351, quinto comma, cod. civ. gli strumenti finanziari di cui agli articoli 2346 sesto comma e 2349 secondo comma cod. civ., seppur privi del diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti, possono tuttavia essere dotati del diritto di voto su argomenti specificamente indicati.

L'esclusione del voto nell'assemblea generale degli azionisti sembrerebbe suggerire che il diritto di voto debba essere dagli stessi esercitato soltanto nell'assemblea speciale agli stessi riservata¹⁸⁴.

¹⁸² In questo senso COSTA, *Il rappresentante comune degli azionisti di risparmio nell'organizzazione della società per azioni*, Milano, 1984, 24 ss; COTTINO, *Diritto commerciale, Le società*, op. cit., 563; GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, op. cit., 387.

¹⁸³ Così App. Milano, 23 maggio 2003, in *Giur. It.*, 2003, 1637; Trib. Milano, 2 novembre 2000, in *Società*, 2001, 452; Trib. Milano, 6 novembre 2000, in *Giur. It.*, 2001, 764; Trib. Milano, 27 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, 9, 1, 2545.

¹⁸⁴ Sul dibattito circa la necessità che tale voto venga esercitato o meno in un'assemblea speciale di categoria si veda CAMPOBASSO, *op. ult. cit.*, 220, nota 46, il quale ritiene più convincente la tesi che rimette all'autonomia statutaria stabilire se il voto vada esercitato in assemblea generale o speciale dal momento che dal coordinamento con l'art. 2351, co. 5, c.c. si ricava che il divieto vale

Far discendere dal divieto di voto nell'assemblea generale degli azionisti la conseguenza per cui il voto su argomenti specificamente indicati debba essere riservato all'assemblea speciale parrebbe tuttavia una forzatura. Ed infatti, tale assemblea speciale sembra deputata primariamente a deliberare su argomenti che pregiudicano i diritti dei sottoscrittori degli strumenti finanziari e appare in questo senso arbitrario dilatarne la competenza in modo così ampio da comprendere ogni ipotesi diversa da quella specificata dalla legge¹⁸⁵.

Appare allora maggiormente preferibile che sia lo statuto a determinare il luogo più idoneo nel quale i portatori di strumenti finanziari partecipativi possano e debbano esercitare il diritto di voto sulle materie ad essi riservate dalla legge.

Alla luce di tale rilievo sembra pertanto opportuno chiedersi se il diritto di impugnativa spetti *ipso jure* ove sia espressamente attribuito agli strumenti finanziari il diritto di voto in una determinata assemblea.

Sul punto occorre rilevare come, in forza del dettato dell'art. 2377 cod. civ., ai fini del riconoscimento del diritto di impugnativa non sia sufficiente essere titolare di azioni con diritto di voto rispetto alla deliberazione impugnata, ma sia anche necessario che esse rappresentino una determinata percentuale del capitale sociale.

Ferma restando la derogabilità ad opera dell'autonomia statutaria di tali presupposti, alla luce del disposto dell'art. 2377 cod. civ., la spettanza del diritto di voto in una determinata assemblea non comporta necessariamente la titolarità del potere di impugnare la relativa deliberazione.

Da ciò sembra quindi possibile dedurre che il diritto di impugnativa delle delibere assembleari, intanto potrà spettare al titolare degli strumenti finanziari in quanto esso sia espressamente riconosciuto da una specifica disposizione statutaria.

Potrebbe invece ritenersi che ad essi trovi comunque applicazione il principio per cui i soci che non rappresentano la parte di capitale richiesta dalla legge e quelli privi di diritto di voto, i quali non sono legittimati a proporre l'impugnativa, abbiano

solo ad escludere che ai titolari di strumenti finanziari sia riconosciuto il diritto di voto su materie non specificamente indicate.

¹⁸⁵ Evidenza come una simile interpretazione rende difficile comprendere la limitazione ad «argomenti specificamente indicati», CORSI, «La nuova s.p.a.: gli strumenti finanziari», in *Giur. Comm.*, 4, 2003, 417.

diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto costituendo tale disposizione un'applicazione del principio generale della risarcibilità del danno ingiusto¹⁸⁶.

1.3.1 La legittimazione ad impugnare in presenza di vincoli sulle azioni.

In virtù della disciplina contenuta nell'art. 2377, terzo comma, cod. civ., la restrizione della legittimazione ad impugnare la deliberazione è, come visto, circoscritta ai soci che detengano una partecipazione minima al capitale sociale rappresentata da azioni dotate del diritto di voto.

Ciò pone il problema di valutare a chi spetti tale legittimazione allorché i diritti derivanti dalla qualità di socio risultino limitati dalla rilevanza di situazioni giuridiche altrui.

In considerazione del fatto che in caso di azioni concesse in usufrutto, date in pegno o sottoposte a sequestro, il relativo diritto di voto compete al creditore pignoratizio, all'usufruttuario ed al custode, la giurisprudenza si era orientata nel senso di ritenere ad essi spettante la legittimazione ad impugnare, facendo salva l'azione risarcitoria in capo al socio debitore o nudo proprietario, ove la votazione fosse stata compiuta allo specifico fine di danneggiarlo¹⁸⁷.

Tale impostazione rinveniva un ulteriore fondamento nella qualificazione dell'impugnazione come uno degli strumenti per l'amministrazione del bene azione,

¹⁸⁶ Così MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004, 59 ss.

¹⁸⁷ Cass., 2 agosto 1977, n. 3422, in *Foro it.*, 1978, I, 703; Trib. Monza, 10 luglio 2000, in *Giur. Comm.*, II, 2002, 410, ove si afferma che il creditore pignoratizio partecipa dell'organizzazione societaria, spettando ad esso quale titolare del diritto di voto tutte le facoltà sociali correlate e strumentali all'esercizio di quel diritto. Con riferimento al caso di usufrutto si veda Trib. Messina, 28 dicembre 1985, in *Foro it.*, 1987, I, 602, ed in materia di sequestro App. Milano, 25 settembre 1987, in *Società*, 1988, 161; Trib. Aosta, 19 settembre 1995, in *Società*, 1996, 201.

In materia di azioni sottoposte a sequestro preventivo penale *ex art.* 321 c.p.p. si veda. Cass., 18 giugno 2005, n. 13169, in *Corr. Giur.*, 2006, 4, 541 e Cass., 11 novembre 2005, n. 21858, in *Società*, 2006, 1, 27, secondo cui il conferimento al custode del potere dovere di intervenire in assemblea e di esprimervi il voto necessariamente implica che soltanto a lui sia riservata la legittimazione ad impugnare *ex art.* 2377 cod. civ. la deliberazione assembleare illegittima senza che sull'esercizio di tale potere possa interferire il socio.

al fine di conservarne il valore economico. Se in presenza di un vincolo il potere dovere di amministrare i beni ad esso soggetti spetta ai beneficiari del vincolo medesimo (direttamente nel caso di usufruttuario e del creditore pignoratizio, indirettamente nel caso di sequestro convenzionale, giudiziario o conservativo) e non ai proprietari dei beni, appariva opportuno concludere che, in presenza di tali vincoli, il potere di impugnativa delle delibere assembleari spettasse ai soggetti sopra indicati e non al socio¹⁸⁸.

Queste posizioni devono oggi essere misurate con il nuovo testo dell'art. 2352 cod. civ. (come modificato dal d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6), il quale pur ribadendo al primo comma che in caso di pegno, usufrutto o sequestro sulle azioni il diritto di voto spetta, salvo convenzione contraria, al creditore pignoratizio, all'usufruttuario o al custode, stabilisce al sesto comma che, «salvo che dal titolo o dal provvedimento risulti diversamente, i diritti amministrativi diversi da quelli previsti nel presente articolo spettano, nel caso di pegno o di usufrutto, sia al socio sia al creditore pignoratizio o all'usufruttuario; nel caso di sequestro sono esercitati dal custode».

Sulla base del combinato disposto degli articoli 2377 e 2352 cod. civ., eccezion fatta per il sequestro nel quale è esplicita l'attribuzione al solo custode dei diritti amministrativi (ed in mancanza di specificazioni deve ritenersi che ciò riguardi qualsiasi tipo di sequestro, sia penale che civile), non si giustifica più l'attribuzione in via esclusiva dell'azione di impugnazione ai soggetti diversi dal socio.

Ed infatti, dal momento che il diritto d'impugnazione appartiene al novero dei diritti amministrativi ed è diverso dal diritto di voto, sebbene sia ad esso connesso, sembra doversene dedurre, nell'attuale contesto normativo, che in tali casi esso spetti simultaneamente al socio e al creditore pignoratizio o all'usufruttuario¹⁸⁹.

¹⁸⁸ In tal senso, ZANARONE, *op. cit.*, 305; PARTESOTTI, "Le operazioni sulle azioni", in COLOMBO – PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 3, Torino, 1993, 320 ss.

¹⁸⁹ Così TERRUSI, *op. cit.*, 169 ss.; LENER, *Sub art. 2377 c.c.*, in NICCOLINI - STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004, 551; RORDORF, *Sub art. 2378 c.c.*, *op. cit.*, 850; SACCHI – VICARI, *op. cit.*, 648 ss.

In senso contrario, CHIAPPETTA, *Sub art. 2377 c.c.*, in BIANCHI – GHEZZI – MARCHETTI – NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2006, secondo cui sembra

In tal modo il socio dispone di una tutela reale, e non solo obbligatoria, nei rapporti interni con il beneficiario del vincolo, di fronte a delibere assembleari ai cui effetti egli è comunque sottoposto.

Occorre tuttavia chiedersi se l'impugnazione da parte del socio sia ammissibile nel caso in cui il beneficiario del vincolo, cui spetta il diritto di voto, si sia espresso in senso favorevole alla delibera e non sia stato pertanto assente, dissenziente o astenuto, come richiesto dall'art. 2377 cod. civ. ai fini dell'impugnativa.

Il punto è controverso e le esigenze di speditezza ed efficienza dell'azione societaria, cui la riforma del diritto delle società di capitali è stata improntata, sembrano escludere che le vicende inerenti alle singole azioni possano pregiudicarle.

Così ragionando la protezione del socio, che si vede preclusa dal voto favorevole del creditore pignoratizio o dell'usufruttuario l'impugnazione di una deliberazione assembleare annullabile, dovrebbe essere affidata alla mera tutela risarcitoria nei rapporti interni con il soggetto beneficiario del vincolo¹⁹⁰.

La riforma del diritto societario ha invece completamente trascurato di fornire indicazioni in merito alla legittimazione ad impugnare in caso di partecipazione sociale soggetta a pignoramento.

In argomento parte della dottrina ha ritenuto che la disciplina di cui all'art. 2352 cod. civ. in materia di pegno, usufrutto e sequestro non possa estendersi a tale fattispecie rispetto alla quale, salvo diverso provvedimento del giudice dell'esecuzione, ogni potere deve ritenersi spettante in via esclusiva al socio, debitore pignorato¹⁹¹.

A tale ricostruzione si potrebbe tuttavia obiettare che la fattispecie del pignoramento risulta in realtà vicina a quella del sequestro conservativo, essendo

prevalente il comma 4 dell'art. 2377 che non riconosce la legittimazione ad impugnare ai soci privi di voto tra i quali vi è il socio debitore e il nudo proprietario.

¹⁹⁰ È questo l'orientamento espresso da SACCHI – VICARI, *op. cit.*, 650; BRIOLINI, "Pegno, usufrutto e sequestro di azioni", in ABBADESSA – PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, I, 677.

Contra LENER, *Sub art. 2377 c.c.*, in NICCOLINI - STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004, 551.

¹⁹¹ Così SANZO, *Sub art. 2377 cod. civ.*, *op. cit.*, 622.

quest'ultimo destinato a convertirsi nel primo a seguito di sentenza di condanna ed essendo entrambi funzionali alla conservazione della *res* cui l'amministrazione è strumentale.

In tal senso, poiché a norma dell'art. 2352 cod. civ., i diritti amministrativi sono esercitati in caso di sequestro dal custode, salvo che dal titolo o dal provvedimento del giudice non risulti diversamente, ne conseguirebbe che la legittimazione ad impugnare vada generalmente ascritta, in caso di pignoramento della partecipazione sociale, al custode e non al socio, salvo che sia il giudice a stabilire diversamente¹⁹².

1.3.2 (Segue). Ed in presenza di azioni in comproprietà.

Nel caso di azioni in comproprietà la legittimazione all'impugnazione compete, in virtù del principio di indivisibilità dell'azione di cui all'art. 2347 cod. civ., al rappresentante comune e non individualmente a ciascuno dei comproprietari¹⁹³.

La configurazione della designazione del rappresentante comune come vero e proprio obbligo per i comproprietari ha indotto a ritenere che qualora tale onere non venisse assolto né il diritto di voto né quello di impugnazione potrebbero essere esercitati.

Sul punto la giurisprudenza si era mostrata restia, preferendo affermare che l'onere cui si è fatto cenno non possa estendersi fino all'annullamento della legittimazione attiva dei contitolari¹⁹⁴.

¹⁹² In tal senso SACCHI, "L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a. Profili procedurali", *op. cit.*, 373; PARTESOTTI, *op. cit.*, 356; TERRUSI, *op. cit.*, 172 ss.

¹⁹³ Cass., 18 luglio 2007, n. 15962, in *Mass. Giur. It.*, 2007; App. Milano, 31 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2003, II, 1178, con nota di SPIOTTA; Trib. Salerno, 16 febbraio 2007, in *Società*, 2007, 6, 719.

¹⁹⁴ Cass., 26 marzo 1964, 679, in *Giur. Comm.*, 1964, I, 929 con nota di GIANNATTASIO, "Legittimazione di comproprietari di azioni o di quote all'esercizio diretto dei diritti sociali a maggioranza nell'assemblea di seconda convocazione di una società a responsabilità limitata", e di FERRI, "Esercizio dei diritti sociali nella comunione di quote e assemblea di seconda convocazione

Sulla scorta dell'intento del legislatore di circoscrivere la legittimazione ad impugnare le deliberazioni assembleari solo ai soci che abbiano una significativa partecipazione al rischio d'impresa, potrebbe invero ritenersi che esso rischi di essere vanificato ove si ammettesse la possibilità d'impugnazione ad opera di chi, essendo titolare di una quota minima di un pacchetto azionario, non partecipi in modo significativo al rischio d'impresa¹⁹⁵.

2. La legittimazione ad impugnare le delibere consiliari nelle società per azioni.

Un'importante novità introdotta dalla riforma del diritto societario del 2003 ha riguardato l'impugnazione delle delibere del consiglio di amministrazione, esperibile fino a quel momento solo per conflitto d'interessi, ai sensi dell'art. 2391 cod. civ.

La dottrina anteriore in argomento escludeva l'ammissibilità del ricorso all'autorità giudiziaria avverso le deliberazioni invalide del consiglio di amministrazione di società per azioni, ritenendo che l'art. 2391 cod. civ. costituisse una norma eccezionale e che il sistema contenuto negli articoli 2377 e 2379 cod. civ. in materia di invalidità di delibere assembleari non fosse suscettibile di estensione analogica, giungendo così a configurare l'esistenza di uno spazio vuoto da diritto per l'attività deliberativa del consiglio di amministrazione¹⁹⁶.

Nel tempo, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha mostrato tuttavia una linea evolutiva pervenendo, tramite l'estensione analogica delle norme in tema di

nella s.r.l.", in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, II, 332; DE FERRA, "Contitolarità di quote e rappresentante comune", in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1964; Cass., 16 luglio 1976, 2815, in *Foro it.*, 1977, I, 1280; Trib. Milano, 28 giugno 2001, in *Giur. It.*, 2001, 2323.

¹⁹⁵ È questo l'orientamento espresso da RORDORF, *Sub art. 2378 c.c., op. cit.*, 873.

¹⁹⁶ In tal senso, GALGANO, "Le società per azioni", *op. cit.*, 249 e WEIGMANN, *Rappresentanza e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 89.

Sosteneva che la *ratio* della differente disciplina delle delibere consiliari rispetto a quelle assembleari andasse rinvenuta nel fatto che non c'è analogia tra la disciplina dei due organi in quanto tutti i componenti dell'organo amministrativo esercitano una stessa funzione e cioè servono uno stesso interesse sociale, mentre i componenti dell'organo assembleare sono ammessi a perseguire nel limite dell'interesse sociale ciascuno il proprio interesse, CHIOMENTI, *op. cit.*, 187.

invalidità delle delibere assembleari, ritenute speciali ma non eccezionali, a ritenere impugnabili dai soci anche le delibere consiliari che ledessero in via diretta i loro diritti individuali.

In un primo momento ciò venne ravvisato nella violazione di norme vincolanti mediante delibere a contenuto non discrezionale, per giungere successivamente a consentire l'impugnazione del socio anche a difesa di situazioni soggettive modificabili dall'assemblea, sulla base della considerazione che gli amministratori curano interessi altrui e sono dunque soggetti alla disciplina generale in tema di rappresentanza, con la conseguenza che una delibera lesiva di un diritto soggettivo del socio sarebbe assunta in difetto di poteri, alla stregua di un atto del *falsus procurator*¹⁹⁷.

Tale tendenza espansiva delle impugnative nel campo delle delibere consiliari era andata poi consolidandosi tramite successive pronunce della Suprema Corte e della giurisprudenza di merito, le quali, sulla spinta di esigenze reali di tutela determinate dalla circostanza per cui i vizi di tali delibere possono essere perfino più gravi e dannosi di quelli assembleari, poiché maggiore è la competenza decisionale dell'organo di gestione, sembravano essere giunte all'applicazione dell'intero sistema contenuto negli articoli 2377 – 2379 cod. civ. seppur con opportuni adattamenti¹⁹⁸.

La nuova formulazione dell'art. 2388 cod. civ. ha consentito di ridurre i margini di incertezza che avevano impegnato la dottrina e la giurisprudenza nel vigore della precedente disciplina, attraverso un'apposita disciplina in materia di impugnazione delle delibere consiliari, in virtù della quale «Le deliberazioni che non

¹⁹⁷ Cass., 28 marzo 1996, n. 2850, in *Giur. Comm.*, 1998, 2, 343, secondo cui “i poteri degli amministratori così come non possono estendersi ai mutamenti delle caratteristiche strutturali dell'impresa sociale, non possono neppure riguardare la soppressione (o anche solo la modifica) dei diritti attribuiti ai singoli soci dalla legge o dall'atto costitutivo, in quanto ciò comporterebbe un'alterazione delle basi sulle quali la società è stata costituita”.

¹⁹⁸ Cass., 26 novembre 1998, n. 12012, in *Giur. It.*, 1999, 1436; Trib. Milano, 16 luglio 1999, in *Giur. It.*, 2000, 1886; Trib. Como, 8 febbraio 2001, in *Giur. It.*, 2001, 2105.

Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale in argomento v. IRRERA, *Le delibere del consiglio di amministrazione. Vizi e strumenti di tutela*. Milano, 2000, 43 ss.; *Id.*, “La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario”, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 1132 ss.

sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate solo dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti entro novanta giorni dalla data della deliberazione; si applica in quanto compatibile l'articolo 2378. Possono essere altresì impugnate dai soci le deliberazioni lesive dei loro diritti; si applicano in tal caso, in quanto compatibili, gli articoli 2377 e 2378».

Occorre precisare che a tale disciplina rinvia l'art. 2409 *quaterdecies* in materia di consiglio di sorveglianza (ed è applicabile anche alle delibere del consiglio di amministrazione nel sistema monistico *ex art. 2409 noviesdecies*), così rivelando una connotazione tipologica dello stesso quale organo molto più affine a quello gestorio che non a quello di controllo.

Il secondo comma dell'art. 2409 *quaterdecies* prevede inoltre che alla delibera di approvazione del bilancio di esercizio, che nel sistema dualistico è di competenza del consiglio di sorveglianza, si applica l'art. 2434 *bis* cod. civ. e che essa può essere impugnata anche dai soci ai sensi dell'art. 2377 cod. civ.

Il fine della disposizione è chiaramente quello di evitare che per impugnare un bilancio irregolare approvato dal consiglio di sorveglianza il socio debba potersi dimostrare leso nei propri diritti, come richiesto dall'art. 2388 cod. civ. per l'impugnazione delle delibere consiliari da parte dei soci.

L'art. 2377 cod. civ. subordina però la legittimazione all'azione di annullamento alla circostanza che il socio sia stato assente, dissenziente o astenuto rispetto alla delibera impugnata e non è chiaro in che modo tale presupposto possa operare considerata l'assenza di legittimazione dei soci ad intervenire nelle adunanze di tale organo.

Nemmeno con la riforma del 2003 il legislatore ha ritenuto invece opportuno intervenire a disciplinare l'invalidità delle delibere del collegio sindacale, ossia di quell'organo le cui funzioni nel sistema dualistico sono proprio assorbite dal consiglio di sorveglianza. Una spiegazione di tale scelta può essere forse rinvenuta in considerazioni di carattere eminentemente pratico legate alla quasi totale assenza di

precedenti a livello giurisprudenziale sull'argomento¹⁹⁹, ma resta il fatto che la lacuna normativa continua a sussistere²⁰⁰.

Il legislatore assegna quindi al potere degli azionisti di impugnare le delibere dell'organo amministrativo un ambito diverso rispetto a quello, esteso ad ogni ipotesi di non conformità alla legge o allo statuto, proprio dell'impugnazione da parte degli azionisti delle delibere assembleari (art. 2377, secondo comma, cod. civ.) nonché di quella esperibile dagli amministratori rispetto alle stesse delibere consiliari (art. 2388, quarto comma, cod. civ.).

In altri termini, ai fini della legittimazione del socio all'impugnazione non è ritenuto sufficiente un generico interesse alla conformità dell'agire dell'organo alla legge ed allo statuto ma si richiede un *quid pluris*: la lesione di un diritto che può determinarsi in conseguenza di decisioni dell'organo amministrativo suscettibili di vincolare gli azionisti *uti socii*.

Nel timore di fornire ai soci uno strumento che consentisse loro di depotenziare l'efficienza dell'azione dell'organo amministrativo attraverso l'esercizio di azioni giudiziarie avventate oppure capziose il legislatore ha quindi ritenuto preferibile, anziché dichiarare applicabile alle delibere consiliari viziate l'intero sistema di cui agli articoli 2377 – 2379 cod. civ., limitare la tutela degli stessi alle ipotesi in cui si configuri una lesione dei loro diritti, probabilmente in virtù della diversa posizione assunta dal socio rispetto alla delibera da impugnare, in quanto estraneo al consiglio di amministrazione e alle sue regole di funzionamento.

Sul punto occorre chiedersi quali siano i casi in cui le deliberazioni del consiglio di amministrazione possano considerarsi lesive dei diritti dei soci e cioè quando gli interessi facenti capo al socio assurgano al rango di veri e propri diritti

¹⁹⁹ Risulta essersene occupata in via incidentale solo Cass., 5 ottobre 1973, n. 2489, in *Giur. Comm.*, 1974, II, 271 ss.

²⁰⁰ In argomento si veda BELTRAMI, "L'invalidità delle delibere del consiglio di sorveglianza", in Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 768 ss., il quale esclude che il dettato normativo in materia di consiglio di sorveglianza possa applicarsi analogicamente al collegio sindacale.

soggettivi e siano pertanto protetti anche a fronte di delibere consiliari ritenute pregiudizievoli²⁰¹.

Il problema potrebbe porsi con particolare riferimento alle decisioni gestionali che determinando una diminuzione del patrimonio sociale arrechino pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale. In particolare, allorquando la deliberazione consiliare venga adottata in violazione degli obblighi di diligenza e dei doveri di corretta gestione societaria e imprenditoriale e sussistano pertanto i presupposti per configurare la responsabilità dell'organo gestorio, potrebbe configurarsi la lesione di un diritto del socio e conseguentemente l'invalidità della decisione adottata.

Sul punto si è peraltro rilevato che per aversi una lesione rilevante ai sensi dell'art. 2388 cod. civ. non sembra necessaria la sussistenza di un danno patrimoniale diretto del socio essendo sufficiente dimostrare che la delibera consiliare abbia per oggetto o per effetto la soppressione di un diritto dello stesso o una modificazione *in peius* del suo contenuto o ancora un'illegittima limitazione al suo esercizio²⁰².

La negazione al socio in quanto tale di un diritto di impugnazione delle delibere consiliari rappresenta invero un dato costante nel panorama comparatistico, pur essendo differenti le soluzioni apprestate in ciascuno degli ordinamenti.

Fra tali ordinamenti non può certamente annoverarsi quello francese nel quale la tutela dei diritti del socio rispetto alla funzione amministrativa non è stata oggetto di particolare interesse, sebbene in virtù del generale disposto dell'art. 235 - 1 del

²⁰¹ In argomento si veda il quadro tracciato da IRRERA, *Le delibere del consiglio di amministrazione. Vizi e strumenti di tutela*, op. cit., 123 ss. e 338 ss. il quale ricorda come in molti casi i giudici abbiano accolto a tale riguardo un orientamento estremamente ampio diretto a tutelare qualsiasi interesse occasionalmente protetto e NAZZICONE, *Sub art. 2388 c.c.*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, che prevede la tutela anche di posizioni qualificabili come *status*, aspettativa o interesse giuridico.

²⁰² In tal senso GUERRIERI, *Sub art. 2388 cod. civ.*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II, 738 ss.

La prassi giurisprudenziale e le esemplificazioni dottrinali hanno individuato le seguenti ipotesi: illecita esclusione del socio in mora per i versamenti ancora dovuti a titolo di conferimento; diniego del *placet* nel caso in cui lo statuto sottoponga a gradimento la cessione di azioni o in caso di emissione di azioni con prestazioni accessorie; rifiuto di annotare un soggetto legittimato nel libro soci; lesione del diritto di opzione; determinazione del rapporto di cambio; aumento di capitale delegato (in argomento v. DARDES, "Deliberazioni del consiglio di amministrazione, metodo collegiale e poteri del presidente", in *Società*, 2008, 9, 1138 ss.)

Code de Commerce relativo alla nullità di tutti gli atti e le deliberazioni sociali non comportanti una modifica statutaria, si ritenga che le delibere dell'organo amministrativo possano essere dichiarate nulle nel solo caso in cui siano adottate in violazione di una norma imperativa del libro II del *Code de Commerce* e che l'azione di nullità possa essere esercitata pure dall'azionista, anche se non era socio al momento della delibera contestata, qualora la stessa sia affetta da vizi non meramente procedurali di portata generale²⁰³.

Parimenti lontana dagli altri ordinamenti appare la disciplina dettata dagli articoli 411 e 412 del *Código das sociedades comerciais* portoghese che pur classificando l'invalidità delle delibere nelle categorie della nullità e dell'annullabilità, individua il relativo rimedio non in un'azione giudiziale bensì in una sorta di procedimento interno di revisione della delibera viziata ad opera dell'assemblea o dello stesso consiglio di amministrazione su istanza degli amministratori, dell'organo di controllo o di qualunque azionista con diritto di voto, entro il termine di un anno dalla conoscenza della decisione e purchè non ne siano trascorsi tre dalla sua adozione²⁰⁴.

Il modello adottato dall'ordinamento spagnolo per l'impugnazione delle deliberazioni dell'organo amministrativo riserva invece la relativa legittimazione oltre che agli amministratori, ad una maggioranza qualificata costituita dagli azionisti che rappresentino il cinque per cento del capitale sociale, entro trenta giorni dalla conoscenza della causa di annullabilità o di nullità e sempre che non sia trascorso un anno dalla sua adozione (art. 251 *LSA*).

Sebbene il potere d'impugnazione rivesta carattere generale in quanto l'ambito del rimedio si estende ad ogni ipotesi di non conformità alla legge o allo statuto in guisa da unificare sotto il medesimo regime di impugnazione ogni patologia della delibera²⁰⁵, la legittimazione attribuita ai soci (sia delle società per

²⁰³ Così GERMAIN, *op. cit.*, 441; GUYON, *Droit des affaires*, Paris, 2003, 1, 474.

²⁰⁴ In argomento si veda ALCALÀ DIAZ, *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Madrid, 1998, 57 ss.

²⁰⁵ Tale regime unitario è sembrato a taluni poco rispettoso della variegata tipologia dei vizi che possono affliggere le delibere dell'organo amministrativo collegiale e sul punto JUSTE MENCIA, *Los derechos de minoria en la sociedad anonima*, Elcano, 1995, 395 ss.

azioni che delle società a responsabilità limitata) risulta caratterizzata da una disciplina restrittiva.

Ed infatti, mentre il potere di impugnare le deliberazioni assembleari rimane un diritto minimo dell'azionista in quanto tale, nell'intento di prevenire abusi potenzialmente derivanti dall'assegnazione a soci disinteressati di un potere di controllo permanente sulla gestione dell'impresa sociale la legittimazione ad impugnare le delibere del *consejo de administracion* viene riservata ad una minoranza qualificata.

La coerenza di tale scelta legislativa non ha mancato di sollevare dubbi in dottrina sulla base del rilievo per cui il quoziente richiesto appare poco rispettoso della tipologia della realtà dell'impresa azionaria²⁰⁶ ed in considerazione dell'incertezza circa la possibilità per l'autonomia statutaria di incidere sulla suddetta percentuale²⁰⁷.

A differenza degli ordinamenti sinora considerati, il diritto tedesco non contiene alcuna disposizione che attribuisca espressamente al socio un potere di azione contro i provvedimenti illegittimi del *Vorstand*, limitandosi la legge a disciplinare la sola impugnativa delle delibere assembleari.

Nel silenzio del dato normativo e rifiutando un'applicazione analogica della disciplina dettata in materia di impugnazione delle delibere assembleari, la strada seguita è stata quella di riconoscere all'azionista, quale necessario portato dell'intangibilità della partecipazione sociale, il potere di esercitare azioni inibitorie e azioni ripristinatorie dello *status quo ante* tese rispettivamente ad impedire o a

²⁰⁶ Sul punto si è sottolineata la difficoltà di raggiungere la percentuale richiesta in presenza di una forte frammentazione dell'azionariato ed il conseguente rischio che il potere di impugnazione resti una lettera morta nelle società per azioni aperte, cfr. JUSTE MENCIA, *op. cit.*, 391; ARANGUREN URRIZA, "Los organos de la sociedad limitada", in DE PALMA (dirigido), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1993, 555; POLO SÀNCHEZ, *Los administradores y el consejo de administracion de la sociedad anonima*, Madrid, 1992, 523 ss.

²⁰⁷ Risulta pacifica l'ammissibilità di una deroga in aumento mentre la possibilità di riduzione viene da alcuni esclusa per via dell'asserita natura processuale della norma, ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, 555.

rimuovere gli effetti dei comportamenti del *Vorstand* che illegittimamente incidano sulla partecipazione sociale violando un diritto a questa afferente²⁰⁸.

L'ordinamento tedesco è stato spinto in questa direzione soprattutto a seguito della decisione del *Bundesgerichtshof* (caso *Holzmüller*), in virtù della quale è stato stabilito che ogni azionista è titolare di una pretesa corporativa a che la società rispetti i suoi diritti di socio, suscettibile di dare luogo in caso di violazioni ad opera dell'organo amministrativo, ad azioni contro la società dirette ad inibire il comportamento lesivo o a eliminarne gli effetti²⁰⁹.

La regola affermata dalla Corte federale tedesca si è poi consolidata nella giurisprudenza successiva²¹⁰ nonché nella letteratura, nonostante la consapevolezza dei pericoli che possono derivare dal riconoscimento di una legittimazione individuale dell'azionista per la certezza dei traffici giuridici e per la continuità della gestione dell'impresa.

Quest'ultimo è messo infatti in grado di bloccare potenzialmente la dinamica della gestione dell'impresa sociale ingerendosi di fatto in un ambito tipicamente riservato all'organo amministrativo, da cui egli è istituzionalmente escluso²¹¹.

In considerazione della mancanza di un riferimento normativo è quindi molto sentita nella dottrina tedesca l'esigenza di individuare un adeguato fondamento dogmatico al potere di agire dell'azionista.

²⁰⁸ Si tratta dei cosiddetti *Abwehrklagen*, espressione utilizzata per indicare una *species* del più ampio *genus* delle *Aktionärsklagen*. In argomento si veda BAUMS, *op. cit.*, 196 ss.; PAEFGEN, *Unternehmerische Ermessen und Rechtsbindung der Organe in der AG*, Köln, 2002, 258 ss.

Il primo tentativo di configurare un *Klagerecht* dell'azionista nei riguardi dei provvedimenti illegittimi del *Vorstand* può farsi risalire a KEUK – KNOBBE, "Das Klagerecht des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft wegen gesetz und satzungswidriger Maßnahmen der Geschäftsführung", in FLUME – RAISCH – STEINDORFF (herausgegeben), *Beiträge zum Zivil und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975*, Berlin, 1975, 243 e 246 ss.

²⁰⁹ BGH, 25 febbraio 1982, AG, 1982, 158.

²¹⁰ LG Düsseldorf, 14 dicembre 1999, WM, 2000, 528; LG Duisburg, 29 maggio 2002, NZG, 643; LG Berlin, 5 novembre 2002; OLG Düsseldorf, 31 agosto 2000, DB, 2000, 2210; OLG Frankfurt am M., 4 febbraio 2003, AG, 2003, 276; OLG Düsseldorf, 18 luglio 2002; AG Schleswig, 8 novembre 1999.

²¹¹ In argomento si veda HOFFMANN – BECKING, „Grenzlose Abwehrklagen für Aktionäre?“, ZHR, 2003, 358; KORT, in KORT – HABERSACK, in HOPT – WIEDEMANN (herausgegeben), *Aktiengesetz Großkommentar*, § 76 - 83, Berlin – New York, 2003, 43; KRIEGER, „Aktionärsklage zur Kontrolle des Vorstands und Aufsichtsratshandelns“, ZHR, 1999, 355.

La dottrina maggioritaria assegna prevalenza alla componente organizzativa della partecipazione sociale configurando l'azione esperibile dal socio come un rimedio basato sul rapporto partecipativo fra socio e società²¹².

In tal senso si è sottolineato che le impugnative delle delibere assembleari e quelle consiliari, accomunate nell'origine e nella natura di mezzi a difesa della partecipazione sociale, si differenziano tuttavia per estensione. Mentre per attivare le *Anfechtungsklagen* è sufficiente l'oggettiva contrarietà dell'atto all'ordinamento interno, la *Abwehrklage* presuppone che il provvedimento colpisca il socio *subjectivrechtlich* cioè in un suo diritto soggettivo²¹³.

2.1 La compatibilità con gli articoli 2377 e 2378 cod. civ.

La formulazione dell'art. 2388 cod. civ. prevede l'applicazione, in quanto compatibili, degli articoli 2377 e 2378 cod. civ.

In virtù di quanto precedentemente esaminato è noto che il potere di impugnare le delibere assembleari non costituisce un potere attribuito all'azionista non consenziente in quanto tale ma presuppone tre distinti requisiti: la titolarità del diritto di voto, l'afferenza di tale diritto alla deliberazione impugnata ed il possesso di una partecipazione minima al capitale sociale.

Si pone pertanto il problema di capire se la legittimazione ad impugnare le delibere del consiglio di amministrazione debba fondarsi esclusivamente sulla titolarità del diritto leso o richieda una legittimazione qualificata, fondata sulle regole di cui all'art. 2377, terzo comma, cod. civ.

²¹² In questo ordine di idee BAUMS, *op. cit.*, 203; KRIEGER, „Aktionärsklage zur Kontrolle des Vorstands und Aufsichtsratshandelns“, *ZHR*, 1999, 354; RAISER, „Das Recht der Gesellschafterklagen“, *ZHR*, 1989, 9 ss.; ZÖLLNER, „Die sogenannten Gesellschafterklagen in Kapitalgesellschaftsrecht“, *ZGR*, 1988, 420 ss.

²¹³ Sul punto SCHMIDT, „Die Beschlußanfechtungsklage bei Vereinen und Personengesellschaft. Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht“, in LUTTER – MERTENS – ULMER (herausgegeben), *Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985*, Berlin – New York, 1985, 221; HOFFMANN – BECKING, *op. cit.*, 361; BAUMS, *op. cit.*, 204.

Dall'analisi della giurisprudenza successiva al caso *Holz Müller*, emerge che le ipotesi in cui viene ammessa la *Abwehrklage* possono essere ricondotti a due *Fallen Gruppen*: la violazione del diritto dell'azionista a partecipare alle decisioni sociali e la violazione del diritto di opzione.

È in primo luogo evidente che dei requisiti di legittimazione previsti per l'impugnazione delle deliberazioni assembleari non sono suscettibili di trasposizione nel contesto delle delibere consiliari quelli legati al diritto del socio di prendere parte alla votazione ai fini dell'adozione della delibera impugnata.

In mancanza di un diritto di partecipazione del socio cade quindi la limitazione relativa ai soci assenti, dissenzienti e astenuti nonché quella relativa alla necessaria sussistenza del diritto di voto del socio rispetto allo specifico oggetto della deliberazione impugnata.

Il difetto di partecipazione dell'azionista non sembra invece precludere l'applicazione del requisito del possesso azionario minimo (costituito si ricorda dal cinque per cento, ridotto all'uno per mille nelle società cosiddette aperte) del socio impugnante, non aparendo esso collegato alla circostanza che il socio sia legittimato a prendere parte al procedimento deliberativo e risultando pienamente coerente con la tendenza del sistema azionario a costruire i rimedi societari di protezione degli azionisti dinanzi agli organi gestori come poteri della minoranza qualificata e non come poteri del singolo.

In virtù della mancanza di diritto di voto dei soci in consiglio di amministrazione è logico pensare che per verificare il raggiungimento delle percentuali richieste dall'art. 2377, terzo comma, cod. civ., si dovrebbe tenere conto di tutte le azioni del socio impugnante e non certo di quelle aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione.

È pur vero che il requisito soggettivo della titolarità di una quota qualificata di capitale potrebbe sembrare incompatibile con l'ambito della *causa petendi* prevista per l'impugnativa di tali delibere e cioè la lesione di diritti.

Al tempo stesso sarebbe però fortemente contraddittorio che proprio in tema di invalidità delle delibere consiliari ove più evidenti sono i rischi di destabilizzazione, mancasse poi ogni criterio selettivo della serietà e rilevanza dell'iniziativa e si lasciasse ogni socio leso in un suo diritto libero di minare la stabilità della decisione dell'organo di gestione.

Depone in questo senso anche la circostanza per la quale, in presenza di delibere parimenti lesive dei diritti del socio, si verificherebbe la paradossale conseguenza per cui, se sprovvisto delle percentuali richieste dalla legge, egli rimarrebbe privo di tutela reale in relazione alle delibere dell'organo di cui fa parte e si gioverebbe invece di tale tutela con riferimento alle deliberazioni di un organo al quale è estraneo²¹⁴.

Si osserva inoltre che esigenze di coerenza del sistema impongono di ritenere che in caso di delibere consiliari aventi ad oggetto competenze assembleari (aumento del capitale sociale a pagamento, emissione di obbligazioni convertibili, fusione fra società controllante e controllata nei casi di cui agli artt. 2505 e 2505 *bis* cod. civ.; istituzione e soppressione di sedi secondarie; trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale, riduzione del capitale sociale in caso di recesso del socio) trovi applicazione la disciplina di cui agli articoli 2377 – 2379 *ter* per l'invalidità delle delibere assembleari e la legittimazione del socio non sia quindi limitata alla lesione di un suo diritto ma possa investire ogni delibera contraria alla legge o allo statuto.

A rilevare sarebbe quindi solo la delibera in sé ed il relativo profilo d'invalidità, e non invece l'organo che lo ha determinato²¹⁵.

In verità, la lettera della legge indica che l'invalidità delle delibere dei due organi, assemblea e consiglio di amministrazione, è regolata in modo parzialmente

²¹⁴ In tal senso PINTO, *op. cit.*, 211 ss.; GUERRIERI, *Sub art. 2388 cod. civ., op. cit.*, 742 ss.; PISANI MASSAMORMILE, "Invalidità delle delibere consiliari", *op. cit.*, 549, nota 70; MODULO, *Sub art. 2388 c.c.*, in SANDULLI – SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, 2003, 446 s.; SPIOTTA, "L'amministrazione", in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2009, 506 s.; FERRARI, "Consiglio di amministrazione delibere consiliari e richiesta cautelare di sospensione il commento", in *Società*, 1, 2011.

Contra IRRERA, "La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario", *op. cit.*, 1132 ss. secondo cui sarebbe incongruo applicare tale segmento di disciplina alle delibere del consiglio di amministrazione lesive di diritti dei soci, tenuto conto della gravità del vizio; ABRIANI – MONTALENTI, in ABRIANI – AMBROSINI – CAGNASSO – MONTALENTI (a cura di), *Le società per azioni*, Padova, 2010, 652 s., secondo cui la gravità delle ipotesi di invalidità delle delibere consiliari che possano arrecare danno diretto al socio e la previsione legale che rinvia alle norme sulle delibere assembleari in quanto compatibili inducono ad una maggiore cautela; BERNABAI, "Le impugnative di delibere assembleari e degli atti di amministrazione (I parte)", in *Società*, 2, 2006, 156.

²¹⁵ In tal senso IRRERA, "La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario", *op. cit.*, 1132 ss; BERNABAI, *op. cit.*, 156.

differente, così stabilendo che il mutare dell'organo impone il parziale mutare della disciplina dell'invalidità dell'atto.

Sembra quindi più coerente, anziché condurre ad uniformità la disciplina dell'invalidità delle delibere in ragione dell'identità di contenuto delle stesse, tenere piuttosto conto della diversità degli organi che di volta in volta le assumano.

Dovrebbe quindi essere l'organo a dettare la disciplina dell'atto e della sua eventuale invalidità, in considerazione di una scelta consentita dall'autonomia statutaria ed effettuata in funzione della diversa disciplina che l'uno o l'altro organo sono rispettivamente tenuti a seguire nell'assumere una decisione, seppur identica sotto l'aspetto contenutistico.

Sarebbe invero incongruente applicare le regole di funzionamento e composizione di un organo ed i rimedi avverso l'invalidità degli atti dallo stesso provenienti predisposti con riferimento ad un altro organo²¹⁶.

2.2 La legittimazione ad impugnare le decisioni degli amministratori di s.r.l.

Nella disciplina sulla società a responsabilità limitata introdotta dalla riforma del 2003, la quale si presenta relativamente all'amministrazione certamente più scarna rispetto a quella prevista per le società per azioni, manca una norma come l'art. 2388, quarto comma, cod. civ.

A tal proposito, è stato da un lato indicato che l'unico caso di impugnabilità delle decisioni dell'organo amministrativo previsto dal legislatore è quello di cui all'art. 2475 *ter*, secondo comma, cod. civ., il quale sancisce l'impugnabilità delle decisioni assunte dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi, quando dalle stesse scaturisce un danno patrimoniale.

²¹⁶ È questo l'orientamento espresso da PISANI MASSAMORMILE, "Invalidità delle delibere consiliari", *op. cit.*, 526 ss.

Si sostiene che la mancata previsione di una norma, quale quella di cui all'art. 2388 cod. civ., debba essere letta come una precisa scelta compiuta dal legislatore, il quale ha predisposto nella s.r.l. strumenti alternativi.

Quello che può sembrare un vuoto normativo rispetto alla corrispondente disciplina in materia di s.p.a. potrebbe quindi apparire come un aspetto che non è stato intenzionalmente disciplinato dal legislatore ed un rinvio alle norme in materia di s.p.a. potrebbe in tal senso pregiudicare l'intento sotteso alla disciplina in materia di s.r.l., volta a dare una peculiare caratterizzazione al tipo in questione²¹⁷.

Da altra parte è stata invece segnalata la necessità di ampliare il catalogo dei casi di invalidità delle suddette deliberazioni e di applicare analogicamente, nei casi in cui sia rispettato il principio di collegialità, la norma di cui all'art. 2388, quarto comma, cod. civ., al fine di garantire un'adeguata tutela ai soci²¹⁸.

Nel disciplinare l'amministrazione della società a responsabilità limitata il legislatore della riforma ha introdotto un elemento di rilevante flessibilità, consentendo all'autonomia statutaria di scegliere tra i due sistemi di amministrazione che il nostro codice delinea e cioè tra quello proprio delle società di capitali e quello delle società di persone, dichiarando in quest'ultimo caso applicabili gli articoli 2227 e 2258 cod. civ.

È possibile quindi optare per un'amministrazione congiuntiva o disgiuntiva o decidere per un amministratore unico o per un consiglio di amministrazione con la

²¹⁷ Sul punto v. Trib. Verona, 1 settembre 2004, in *Giur. Merito*, 2006, 124 s., ove si è esclusa l'applicabilità dell'art. 2388 c.c. alla luce del fatto che il socio nella s.r.l. possiede altre forme di tutela quali il potere di controllo sull'operato degli amministratori di cui all'art. 2476 c.c., il potere di promuovere un'azione sociale di responsabilità nonché di chiedere un provvedimento cautelare di revoca degli amministratori stessi, e analogamente Trib. Lodi, 13 marzo 2009, in *Corr. Mer.*, 2009, 745 s. e Trib. Milano, 19 febbraio 2009, in *Società*, 2009, 1269 s. ove si evidenzia che la maggiore esigenza di certezza e stabilità ha indotto con riferimento alle s.r.l. ad una scelta ben più restrittiva.

In dottrina si veda ABRIANI, "Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata", in *Società*, 3, 2003, 418 ss. il quale suggerisce l'applicazione di rimedi obbligatori; IRRERA, "La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario", *op. cit.*, 1132 ss.; VENTORUZZO, *Sub art. 2475 ter c.c.*, in MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2007, 656.

²¹⁸ Così Trib. Terni, 15 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 168 ss.; Trib. Campobasso, 31 ottobre 2007, in *Società*, 2008, 1138 ss.

AMBROSINI, *Sub art. 2475 ter c.c.*, in NICCOLINI - STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, *Commentario*, Napoli, 2004, III, 1584, che ritiene possibile l'applicazione analogica dell'art. 2388 c.c. allorché i soci, optando per il regime di amministrazione collegiale hanno inteso orientare il modello in senso capitalistico.

possibilità, in quest'ultimo caso, di attenuare il principio di collegialità attraverso decisioni adottate mediante consultazione scritta o sulla base di un consenso espresso per iscritto.

Non può quindi essere trascurato che con la riforma l'intento del legislatore sia stato quello di dare alla s.r.l. un'apposita disciplina sotto molti profili diversa da quella vigente per le s.p.a. e l'allentamento tra le due discipline implica che non ogni silenzio della legge possa essere interpretato come una lacuna normativa da colmare tramite ricorso all'analogia con le norme della s.p.a., considerata quale archetipo delle società di capitali²¹⁹.

Ciò appare sicuramente da escludere in relazione all'art. 2388, quarto comma, cod. civ., relativo alle delibere consiliari lesive dei diritti dei soci, in quanto è in esso contenuto un espresso richiamo alla disciplina in materia di annullabilità delle delibere assembleari di cui all'art. 2377 cod. civ. che risulterebbe difficilmente conciliabile con il contesto delle s.r.l., le quali dispongono di un'apposita disciplina di cui all'art. 2479 *ter*²²⁰.

Dalle norme in materia di s.r.l. emerge un sistema di controlli e strumenti volti a garantire la legittimità e il retto funzionamento dell'amministrazione, che attribuiscono al socio un ruolo determinante attraverso ampi poteri di consultazione ed informazione, la possibilità di esperire l'azione sociale di responsabilità e di chiedere in caso di gravi irregolarità un provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi.

È pur vero tuttavia che i poteri ora considerati operano generalmente *ex post* e non sono in grado di incidere sulle decisioni viziate già adottate e sugli effetti che le stesse possono determinare in relazione ai soci stessi.

In altri termini, esse non sono in grado di garantire una tutela analoga a quella che potrebbe derivare dall'utilizzo di strumenti di tutela reale e dall'applicabilità, ad

²¹⁹ In tal senso DACCÒ, "L'invalidità delle decisioni degli amministratori nella s.r.l.", in Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 785 ss.

²²⁰ In argomento NUZZO, "L'invalidità delle decisioni dell'organo amministrativo", in DOLMETTA – PRESTI (a cura di), *S.r.l. Commentario*, Milano, 2011, il quale ritiene preferibile in caso di lesione dei diritti dei soci ricorrere ad un'autointegrazione con le norme proprie del tipo s.r.l. ricorrendo all'applicazione analogica della disciplina dettata dall'art. 2479 *ter*.

esempio, dell'art. 2388 cod. civ., in guisa da creare un contrappeso alla possibilità per gli amministratori di assumere decisioni in grado di incidere negativamente sulla posizione dei soci.

Al tempo stesso occorre però rilevare come il disposto di cui all'art. 2479 cod. civ. incida sul riparto di competenze tra soci e amministratori ampliando la sfera gestionale dei primi a scapito dei secondi, prevedendo da un lato, la possibilità di rimettere molteplici argomenti, anche attinenti alla gestione, alla decisione dei soci («I soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione»), e dall'altro lato dei casi in cui il coinvolgimento dei soci è inderogabilmente richiesto (art. 2479, secondo comma, cod. civ.) tra cui le decisioni relative ad operazioni in grado di comportare una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

Alla luce di tali osservazioni potrebbe quindi ipotizzarsi che il legislatore abbia deciso di non prevedere nell'ambito delle s.r.l. una disciplina in materia di invalidità delle decisioni degli amministratori

Se l'art. 2388 cod. civ. circoscrive il rimedio invalidativo per i soli soci che siano stati lesi nei propri diritti, in relazione ai quali gli amministratori di s.p.a. vantano ampi poteri, potrebbe invero ritenersi che nella s.r.l., in presenza di una lesione dei diritti sociali dei soci, un problema di invalidità delle delibere degli amministratori potrebbe non doversi porre se solo si ritiene che unici soggetti legittimati ad incidere sui suddetti diritti siano i soci medesimi.

SEZIONE II

Gli organi sociali di amministrazione e di controllo e le autorità di vigilanza

3. La legittimazione degli organi sociali di amministrazione e di controllo all'impugnativa delle delibere assembleari.

L'art. 2377, secondo comma, cod. civ., attribuisce la legittimazione ad impugnare le deliberazioni assembleari annullabili anche agli amministratori, al consiglio di sorveglianza e al collegio sindacale.

La formulazione della norma potrebbe a prima vista suggerire che il legislatore abbia voluto riconoscere una legittimazione individuale agli amministratori ed un'iniziativa collegiale per l'azione del collegio sindacale o del consiglio di sorveglianza.

Sebbene la norma in questione impieghi il lessico plurale «dagli amministratori», senza alcun riferimento alla necessaria attivazione della legittimazione previa deliberazione interna dell'organo, è opinione condivisa che la stessa resti attribuita agli indicati organi nella loro veste collegiale.

In tal senso si ritiene che l'azione di invalidità proposta dall'organo amministrativo ovvero dall'organo di controllo presupponga una deliberazione previamente adottata dalla maggioranza dei componenti dell'organo stesso e non sia esperibile singolarmente da ciascun amministratore, sindaco o consigliere di sorveglianza²²¹.

²²¹ Nel senso della collegialità Cass., 1 marzo 1973, n. 562, in *Giur. It.*, 1973, 1, 729; Cass., 2 agosto 1977, n. 3422, in *Foro it.*, 1978, 1, 703; Cass., 5 giugno 2003, n. 8992, in *Foro it.*, 2003, I, 3007; App. Milano, 26 giugno 1987, in *Società*, 1987, 1040; Trib. Milano, 11 settembre 1989, in *Giur. Merito*, 1990, 960; Trib. Milano, 8 febbraio 2006, in *Società*, 2007, 1411; Trib. Verona, 20 aprile 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 28 luglio 2012, in *Giur. It.*, 2013, 115 ss.

La soluzione indicata si pone in continuità con quanto affermato dalla giurisprudenza già nel vigore della precedente formulazione dell'art. 2377, secondo comma, cod. civ., il quale attribuiva la legittimazione agli «amministratori» e ai «sindaci».

A tal proposito veniva evidenziato che il potere riconosciuto agli amministratori della società per azioni d'impugnare le deliberazioni dell'assemblea che non siano state prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo è loro attribuito per la tutela degli interessi sociali e come tale richiede una deliberazione dell'organo incaricato di detta tutela, il quale si identifica nel consiglio e non nei singoli componenti di esso²²².

La giurisprudenza dominante si è poi progressivamente assestata su tale orientamento, individuando l'unica eccezione nella legittimazione individuale del singolo componente dell'organo amministrativo ove faccia valere l'illegittima lesione, dipendente dalla delibera invalida, di un proprio personale interesse²²³.

Si è così ritenuto con riferimento alla fattispecie della impugnazione della delibera di revoca dell'amministratore dalla carica²²⁴, ipotesi tuttavia discutibile allorquando si osservi che egli, in conseguenza dell'efficacia provvisoria della deliberazione annullabile non è più in carica al momento dell'impugnazione²²⁵.

Il perdurante uso dell'espressione amministratori nella formulazione della norma non implicherebbe quindi la volontà di annettere la legittimazione ai singoli componenti ma potrebbe essere invero giustificata attraverso la considerazione che l'organo amministrativo della società per azioni nel sistema tradizionale può assumere una conformazione non collegiale ed essere costituito da un amministratore unico²²⁶.

²²² Cass., 5 giugno 2003, n. 8992, in *Foro it.*, 2003, I, 3007.

²²³ Cass., 1 marzo 1977, n. 562, in *Giur. It.*, 1973, I, 1, 729; Trib. Milano, 26 gennaio 1987, in *Società*, 1987, 709; Trib. Palermo, 18 maggio 2001, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 1944.

²²⁴ RORDORF, *Sub art. 2378 c.c.*, *op. cit.*, 856; PRESTI – RESCIGNO, *op. cit.*, 149 s.

In giurisprudenza si veda Trib. Napoli, 31 marzo 2000, in *Giur. Nap.*, 2000, 477.

²²⁵ Così LENER, *Sub art. 2377 c.c.*, in NICCOLINI - STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004, 553, nota 24.

²²⁶ In tal senso TERRUSI, *op. cit.*, 174 s.; SACCHI – VICARI, *op. cit.*, 654; ZANARONE, *op. cit.*, 268 s.; GUERRIERI, *Sub art. 2377 cod. civ.*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II, 532 s.; SPAGNUOLO, *op. cit.*, 354 s.; SALAFIA, "L'invalidità delle

Tale conclusione sembrerebbe confermata dal valore della differente locuzione «da ciascun amministratore» impiegata nell'art. 2479 *ter* cod. civ., in tema di legittimazione a impugnare le decisioni dei soci di società a responsabilità limitata, con la quale si rende palese l'intendimento di alludere ad una legittimazione individuale.

Volgendo lo sguardo al panorama comparatistico è possibile rilevare che la legittimazione collegiale dell'organo amministrativo si accompagna ad una legittimazione individuale dei singoli componenti dello stesso.

Ciò accade, ad esempio, nell'ordinamento tedesco ove il §245 dell'*Aktiengesetz* riconosce la legittimazione ad impugnare le delibere dell'*Hauptversammlung* al consiglio di amministrazione (ma non anche all'*Aufsichtsrat*) e ad ogni componente dello stesso e dell'organo di controllo, a tutela di un interesse individuale, qualora attraverso l'esecuzione della delibera assembleare i componenti del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza incorrano in un atto punibile, o in un'irregolarità o in un obbligo di risarcimento del danno.

Di carattere ancor più ampio si presenta la disciplina prevista dall'art. 206 della *Ley general de sociedades* spagnola, il quale attribuisce la legittimazione a qualsiasi amministratore («Para la impugnacion de los acuerdos sociales están legitimados cualquiera de los administradores»), senza alcun riferimento all'organo nella sua collegialità.

3.1 La lacuna della previsione rispetto ai modelli dualistico e monistico.

deliberazioni assembleari nella riforma societaria», *op. cit.*, 1177 s., il quale ritiene ingiustificata una regola diversa per gli organi di gestione rispetto agli organi di controllo, i quali sono espressamente legittimati alla stessa impugnazione solo nella loro collegialità; ABRIANI, «L'assemblea», *op. cit.*, 527 s., il quale evidenzia che questa è la filosofia della riforma che tende a rafforzare il potere gestorio e il vincolo esistente tra gruppi di controllo ed amministratori e a spegnere qualsiasi velleità di autonomia di eventuali amministratori di minoranza o ribelli.

Tra i soggetti legittimati all'impugnativa l'art. 2377 cod. civ. non annovera il consiglio di gestione, cui pure competono nelle società che abbiano adottato il sistema dualistico poteri e responsabilità corrispondenti a quelli del tradizionale consiglio di amministrazione.

Si tratta di una scelta di difficile spiegazione allorché si consideri che lo stesso art. 2377 cod. civ. attribuisce la legittimazione di cui in argomento al consiglio di sorveglianza, il quale svolge nel sistema dualistico le funzioni di controllo.

Si è allora opinato che in tal caso la legittimazione del consiglio di gestione dovrebbe fondarsi sull'art. 223 *septies* disp. att. cod. civ. nel quale si statuisce che, se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che hanno adottato il sistema dualistico, e ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monistico.

Tenuto conto anche di quanto disposto dall'art. 2380, terzo comma, cod. civ., secondo cui «salvo che sia diversamente stabilito, le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori si applicano a seconda dei casi al consiglio di amministrazione o al consiglio di gestione», è sembrato quindi arduo ritenere che la legittimazione ad impugnare i deliberati invalidi dell'assemblea non spetti al consiglio di gestione.

La soluzione può essere condivisa nello specifico fine di colmare un'altrimenti irresolubile lacuna normativa, sebbene resti ingiustificata la distonia dell'espressa legittimazione riconosciuta dall'art. 2377 cod. civ. al consiglio di sorveglianza²²⁷.

Maggiormente problematico può apparire il tentativo di recuperare attraverso il riferimento allo stesso art. 223 *septies* disp. att. cod. civ. la parimenti non prevista legittimazione ad impugnare del comitato per il controllo sulla gestione delle società per azioni strutturate secondo il modello monistico, in virtù della sua configurazione

²²⁷ Convengono nel ritenere che il riferimento all'art. 223 *septies* disp. att. cod. civ. consenta di colmare un'ingiustificabile lacuna normativa TERRUSI, *op. cit.*, 174 s.; RORDORF, *Sub art. 2377 c.c.*, *op. cit.*, 856; PRESTI – RESCIGNO, *op. cit.*, 150.

quale articolazione interna del consiglio di amministrazione, cui solo spetta, nel suo *plenum*, la relativa legittimazione²²⁸.

3.2 L'azione di impugnativa: obbligo o potere discrezionale?

Si è rivelata assai discussa in dottrina ed in giurisprudenza la questione, non chiarita dall'art. 2377 cod. civ., se gli organi amministrativi e di controllo abbiano non solo il potere ma anche l'obbligo di impugnare la deliberazione assembleare invalida.

Decisiva al fine di individuare il carattere di tale impugnativa è sembrata l'individuazione del fondamento della legittimazione a tali soggetti attribuita.

In tal senso, chi sostiene che l'azione sia stata concessa nell'esclusivo interesse dell'organo amministrativo ritiene che vi sia soltanto una mera facoltà²²⁹, mentre chi ravvisa in codesta impugnativa il perseguimento dell'interesse sociale è portato a sottolinearne l'obbligatorietà²³⁰.

Come si è avuto modo di rilevare nel capitolo precedente, risulta preferibile la tesi secondo cui il potere d'impugnazione attribuito agli amministratori affondi le sue radici nel loro dovere primario di perseguire l'interesse sociale²³¹.

Nell'adempimento di tale dovere, l'esercizio dell'impugnativa si caratterizza però come connotato da un elevato grado di discrezionalità nella scelta stessa di esercitarlo. Gli amministratori devono cioè valutare, nell'esercizio diligente del loro potere dovere di gestire ed organizzare l'attività d'impresa, se il perseguimento

²²⁸ In senso contrario GUERRIERI, *Sub art. 2377 cod. civ., op. cit.*, 533, nota 81.

²²⁹ Così MINERVINI, "Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni", *op. cit.*, 214 s.; PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 194 ss.

²³⁰ Questo obbligo costituirebbe secondo alcuni l'adempimento del dovere per gli amministratori di vigilare sull'andamento della gestione e per i sindaci di vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo (CAVALLI, *op. cit.*, 132), laddove altri si riferiscono invece all'art. 2392, secondo comma, c.c. ove si prevede la responsabilità degli amministratori che essendo a conoscenza di atti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose (CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, 209; SCORZA, "Gli amministratori di società per azioni di fronte alle delibere invalide dell'assemblea", in *Riv. Soc.*, 1963, 510 s.), ed altri ancora si basano sul dovere incombente in capo ad amministratori e sindaci di perseguire l'interesse sociale (JAEGER, *L'interesse sociale, op. cit.*, 173).

²³¹ V. nota 81.

dell'interesse della società nel caso concreto si realizza attraverso l'esecuzione della delibera viziata ovvero mediante l'impugnazione della stessa e la sua eventuale eliminazione.

Nella scelta di procedere o meno all'impugnazione essi dovranno pertanto tenere conto del criterio costituito dal pregiudizio che subirebbe la società nell'uno e nell'altro caso, attraverso una valutazione di natura comparativa.

In altri termini, non è affatto scontato che il dovere di perseguire l'interesse sociale imponga sempre e comunque l'impugnazione di una delibera invalida potendo addirittura in alcuni casi l'iniziativa giudiziaria cagionare maggiori danni alla vita della società, ragion per cui sembrerebbe più opportuno valutare il comportamento degli amministratori sulla base delle caratteristiche del caso concreto²³² e ritenere che l'obbligatorietà dell'impugnativa costituisca corollario dei doveri di tale organo rispetto alle sole deliberazioni dannose per la società.

Quanto invece agli organi di controllo l'impugnazione della delibera invalida costituisce uno strumento di reazione che l'ordinamento pone a loro disposizione in presenza di una violazione all'osservanza della legge, su cui essi sono chiamati a vigilare dall'art. 2403 cod. civ.

In presenza di una deliberazione assembleare illegittima, il grado di doverosità dell'eventuale iniziativa giudiziaria dei sindaci o dei sorveglianti, per la natura stessa del loro compito, appare quindi maggiore di quello degli amministratori.

Proprio con riferimento ai sindaci l'obbligatorietà dell'impugnazione è stata recepita dalla Suprema Corte, la quale ha in argomento ritenuto che l'attribuzione della legittimazione all'organo sindacale di cui all'art. 2377 cod. civ. implica che al

²³² Potrebbe ad esempio in taluni casi apparire più funzionale alla tutela dell'interesse sociale che l'organo amministrativo tenti innanzitutto di risolvere la situazione creata con l'adozione di una delibera invalida attraverso la convocazione immediata dell'assemblea per l'emanazione di una delibera di revoca o sostituzione della precedente, e solo in caso di insuccesso di tali tentativi impugni le decisioni invalide.

controllo dei sindaci sull'osservanza della legge prescritto dall'art. 2403, primo comma, cod. civ., non è affatto estranea la legittimità degli atti assembleari²³³.

In tal senso il mancato esercizio del potere di impugnativa potrebbe risolversi in motivo di responsabilità omissiva per gli organi di controllo della società ogniqualvolta venga dimostrato che il tempestivo annullamento della deliberazione illegittima avrebbe potuto evitare danni alla società, ai suoi creditori o ai terzi.

Potrebbe tuttavia ritenersi che anche rispetto ad essi, non si configuri un obbligo assoluto bensì un potere dovere, in virtù del quale essi dovrebbero comunque valutare l'incidenza sostanziale dell'illegittimità rilevata sull'assetto della società, a tal fine compiendo una valutazione comparativa dei possibili benefici e degli eventuali effetti pregiudizievoli che dall'esercizio di una siffatta azione potrebbero derivare per quei medesimi interessi che dalla legge essi sono chiamati a tutelare.

Con riferimento alla legittimazione all'impugnazione da parte degli organi di amministrazione e di controllo vi è poi il problema se essa sussista anche quando la deliberazione assembleare annullabile sia stata approvata con il concorso di tutto il capitale sociale o quando tutti i soci non assenzienti abbiano rinunciato all'impugnazione.

In argomento, chi fonda la legittimazione di amministratori e sindaci sull'interesse dei medesimi alla definitività degli effetti giuridici della delibera ritiene che tale legittimazione venga meno quando nessun socio possa più impugnare, essendosi in questo caso tale interesse già realizzato²³⁴.

²³³ Così Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. It.*, 2005, 1637 ss., che nella motivazione afferma che l'omissione dell'impugnazione può fondare la responsabilità dei sindaci. In argomento si veda pure Cass., 22 giugno 1990, n. 6300, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 2264 ss., che nella motivazione ammette la possibilità di prospettare una responsabilità degli amministratori per negligenza se non impugnano una deliberazione assembleare invalida.

²³⁴ In tal senso MINERVINI, "Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni", *op. cit.*, 220; PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 208 nota n. 118, il quale però, pur riconducendo la legittimazione degli amministratori ai loro interessi, ritiene che essa rimanga ferma anche in presenza di una delibera unanime rispetto alla quale non può nemmeno negarsi un loro interesse all'impugnativa dal momento che rimarrebbero altrimenti esposti a responsabilità tanto nei confronti della società che nei confronti dei creditori sociali per il pregiudizio derivabile dall'esecuzione della deliberazione.

Quanti invece ritengono che la legittimazione sia loro conferita nell'interesse sociale assumono posizioni differenti a seconda della concezione adottata di tale interesse. Chi lo identifica con l'interesse dei soci attuali ritiene gli organi di amministrazione e controllo non legittimati, in quanto la valutazione favorevole degli interessati deve prevalere su quella effettuata dai terzi²³⁵, mentre chi lo intende in senso istituzionalistico e quindi sovraordinato a quello dei soci attuali, nega che la mancanza di soci abilitati ad impugnare possa precludere l'impugnativa di amministratori e sindaci, essendo questa finalizzata alla tutela di un interesse che non è più esclusivo dei soci²³⁶.

A ben vedere, la legge riconosce ad amministratori e collegio sindacale il potere dovere di impugnare tutte le deliberazioni assembleari invalide, e pare arduo ritenere che esso incontri un ostacolo nel fatto che esse siano state adottate dai soci all'unanimità o comunque con successiva rinuncia all'impugnativa dei soci assenti o dissenzienti²³⁷.

Ciò trova sostegno *in primis* con riferimento al collegio sindacale e al consiglio di sorveglianza, i quali hanno *ex art. 2403 cod. civ.* il dovere di vigilare sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, ma anche con riferimento agli amministratori, in virtù del rapporto organico che intrattengono con la società i cui interessi sono tenuti a perseguire.

4. La legittimazione degli organi sociali di amministrazione e di controllo all'impugnativa delle delibere consiliari.

Analogamente a quanto previsto dall'art. 2377 cod. civ. con riferimento alle delibere assembleari annullabili, la legge attribuisce la legittimazione ad impugnare

²³⁵ JAEGER, *L'interesse sociale*, *op. cit.*, 174. In giurisprudenza v. App. Milano, 3 novembre 1987, in *Giur. It.*, 1988, I, 2, 815.

²³⁶ Così GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, *op. cit.*, 157; OPPO, "Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide", *op. cit.*, 240 s., il quale ritiene che la tesi contraria apporterebbe alla legittimazione una limitazione della quale non vi è traccia nella legge.

²³⁷ Sostengono l'impugnazione da parte degli organi di amministrazione e di controllo delle delibere approvate dall'intero capitale sociale LENER, *Sub art. 2377 c.c.*, in NICCOLINI - STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004, 552; GUERRIERI, *Sub art. 2377 cod. civ.*, *op. cit.*, 533, nota 82.

le delibere del consiglio di amministrazione contrarie alla legge o allo statuto ad alcuni soggetti tassativamente indicati dall'art. 2388 cod. civ.

Si tratta del collegio sindacale e degli amministratori assenti o dissenzienti nonché dei soci, come già visto, solo con riferimento alle deliberazioni lesive dei loro diritti.

Come per l'impugnazione delle delibere assembleari, anche con riferimento alle delibere consiliari il legislatore attribuisce la relativa legittimazione al collegio sindacale così ponendo la questione se sia a tal fine necessario che l'azione venga esperita dall'organo collegialmente inteso o se legittimati all'azione siano i singoli sindaci, individualmente considerati.

Alla luce del tenore letterale della disposizione, la quale fa espresso riferimento da un lato al «collegio sindacale» e dall'altro agli «amministratori assenti o dissenzienti», appare preferibile la prima soluzione sembrando la stessa frutto di una precisa scelta del legislatore²³⁸.

Un ulteriore interrogativo si pone con riferimento alla legittimazione degli amministratori, circoscritta dal dettato dell'art. 2388 cod. civ. a quelli assenti o dissenzienti, senza nulla stabilire in ordine a quelli astenuti, differentemente dall'art. 2377 cod. civ., il quale precisa che anche i soci astenuti hanno il potere di impugnare le delibere assembleari annullabili.

Tale ultima circostanza ha indotto a ritenere configurabile nella disciplina un difetto di coordinamento, e a consentire di equiparare gli amministratori astenuti agli assenti, in quanto non partecipanti alla votazione con riferimento a quella determinata delibera²³⁹.

²³⁸ Sul punto si sottolinea che l'espressione collegio sindacale è stata introdotta dal legislatore successivamente ad una prima formulazione della norma la quale conteneva un generico riferimento ai sindaci. Sostengono la collegialità dell'impugnazione da parte dei sindaci NAZZICONE, *op. cit.*, 113; VENTORUZZO, *Sub art. 2388 c.c.*, in MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2007, 327; IRRERA, *Sub art. 2388 c.c.*, in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2009, 729, il quale ritiene che rispetto alle società quotate la presenza del sindaco di minoranza avrebbe potuto indurre ad una diversa soluzione del tema ed in senso analogo ABRIANI – MONTALENTI, "L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni", in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, 1, 650.

²³⁹ In tal senso, IRRERA, "La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario", *op. cit.*, 1132 ss.; PISANI MASSAMORMILE, "Invalidità delle delibere consiliari", *op. cit.*,

Ciò che sembra tuttavia emergere dalla lettera dell'art. 2388 cod. civ., che nell'elencare i soggetti legittimati all'impugnativa utilizza l'espressione «solo», è che l'elencazione ivi prevista sia interpretata in maniera restrittiva, escludendo la legittimazione di altri soggetti.

A ben vedere, il mancato riferimento agli amministratori astenuti pare quindi una dissonanza non casuale, probabilmente volta a sanzionare comportamenti incerti o passivi in considerazione delle disposizioni che chiedono agli amministratori uno svolgimento delle loro funzioni sempre informato e connotato da una diligenza qualificata.

La differente disciplina riservata ai soci ed agli amministratori potrebbe in questo senso ricondursi al fatto che mentre i soci non sono affatto obbligati ad intervenire in assemblea e quando vi partecipano tutelano un interesse individuale, gli amministratori sono al contrario tenuti ad intervenire in consiglio al fine di meglio espletare il proprio mandato²⁴⁰.

Non si deve poi trascurare che l'art. 2391, terzo comma, cod. civ. riserva un regime parzialmente difforme all'impugnazione della delibera consiliare viziata per conflitto d'interesse, rispetto alla quale legittima in senso generico gli amministratori, fra i quali rientrano certamente quelli astenuti, nonchè quelli che abbiano votato a favore della delibera, qualora sia stato violato l'obbligo di informativa da parte dell'amministratore in conflitto d'interessi.

Il consenso dell'amministratore si è infatti formato, in quest'ultimo caso, sulla base di informazioni errate o incomplete, e non sarebbe possibile sapere quale sarebbe stato il voto dell'amministratore se avesse saputo che uno o più membri del consiglio di amministrazione avevano un interesse ad una determinata operazione della società.

531; ABRIANI – MONTALENTI, "L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni", *op. cit.*, 650; VENTORUZZO, *Sub art. 2388 c.c., op. cit.*, 327 s., che ritiene l'esclusione della legittimazione degli amministratori astenuti non coerente con le regole di funzionamento del consiglio e con le altre soluzioni adottate dalla riforma.

²⁴⁰ Così Trib. Milano, 24 maggio 2010, in *Società*, 2010, 8, 1026.

Nello stesso senso GUERRIERI, *Sub art. 2388 cod. civ., op. cit.*, 734 e MOSCO, *Sub art. 2388 cod. civ.*, in NICCOLINI - STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004, 632.

Gli indici normativi appaiono quindi contrastanti dal momento che il legislatore da un lato esclude la legittimazione del consigliere astenuto con riferimento all'impugnativa generale di cui all'art. 2388 cod. civ., e dall'altro lato la ammette in caso di delibere adottate in conflitto d'interessi.

Nel tentativo di spiegare le scelte compiute dal legislatore potrebbe ritenersi che egli, nell'inibire l'iniziativa dell'astenuto, abbia inteso porre un più severo onere d'informazione in capo a tutti gli amministratori, i quali dovrebbero attivarsi in occasione delle riunioni consiliari e prendere una posizione netta a favore o contro le proposte di delibera nell'ottica della diligenza professionale loro richiesta, così precludendo la possibilità di svolgere un efficace controllo *ex post* sulla delibera stessa.

Tale soluzione non sarebbe invece proponibile nel caso dell'art. 2391 cod. civ., ove l'astensione potrebbe riflettere un'opzione non obbligata ma comunque legittima dell'amministratore che intenda evitare qualsiasi interferenza sulla decisione del collegio e che non dovrà pertanto vedere ridotti i propri poteri di controllo successivi sulla delibera che presenta dei profili di invalidità.

Ci si deve inoltre interrogare sulla legittimazione all'impugnativa delle delibere consiliari da parte dei nuovi amministratori che abbiano accettato la nomina successivamente alla delibera viziata ma anteriormente al termine di decadenza, nonché di quei soggetti che pur essendo amministratori al momento della delibera perdano tale qualifica successivamente.

Con riferimento alla prima questione appare condivisibile la soluzione secondo la quale sia ammissibile l'impugnazione degli amministratori nominati successivamente.

Sebbene possa apparire contraddittorio ricondurre alla posizione di amministratore assente o dissenziente un soggetto che al momento della deliberazione non sarebbe stato in nessun caso legittimato a partecipare alla riunione,

si deve infatti ritenere che gravi anche sull'amministratore entrante il dovere di agire con diligenza e di non dare esecuzione ad atti invalidi²⁴¹.

Maggiormente controversa è apparsa la questione della legittimazione dell'ex amministratore ad impugnare le delibere consiliari viziate.

Le difficoltà in argomento sono emerse in virtù del rinvio contenuto nella norma all'art. 2378 cod. civ., in materia di impugnazione della delibera assembleare, il cui principio sottostante al secondo comma porterebbe a ravvisare l'esigenza che lo *status* di amministratore permanga in capo al ricorrente per tutta la durata del processo²⁴².

Si deve tuttavia rilevare che il secondo comma dell'art. 2378 cod. civ., applicabile peraltro nei limiti della compatibilità, pare corrispondere ad una *ratio* peculiare, propria delle impugnazioni di delibere assembleari da parte dei soci, e relativa alla permanenza del requisito del possesso azionario minimo per essi dalla normativa richiesto, come tale difficilmente estendibile al caso di impugnazione di delibere consiliari da parte degli amministratori, la cui permanenza in carica non è peraltro richiesta dallo stesso art. 2378 cod. civ. nemmeno per le impugnazioni delle delibere assembleari.

La cessazione dall'incarico non esonera peraltro gli amministratori dalle responsabilità che dovessero derivare dall'esecuzione della delibera invalida con la conseguenza che essi manterrebbero l'interesse ad agire per l'impugnazione²⁴³.

5. I poteri di impugnativa delle autorità di vigilanza: le fattispecie.

²⁴¹ ABRIANI – MONTALENTI, "L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni", *op. cit.*, 650, ritenendo che essi possano essere paragonati agli amministratori assenti, ossia a coloro che non hanno contribuito all'assunzione della decisione perché non presenti al consiglio ma che potrebbero essere chiamati a darle esecuzione qualora la stessa non fosse stata già eseguita.

Nello stesso senso VENTORUZZO, *Sub art. 2388 c.c., op. cit.*, 328 ss.

²⁴² In tal senso IRRERA, *Sub art. 2388 c.c., op. cit.*, 730.

²⁴³ Sostengono la legittimazione dei vecchi amministratori purché siano stati assenti o dissenzienti e dotati di interesse ad agire PISANI MASSAMORMILE, "Invalidità delle delibere consiliari", *op. cit.*, 532, nota 33; ABRIANI – MONTALENTI, "L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni", *op. cit.*, 650.

Nel nostro ordinamento sono previsti dei casi in cui il potere d'impugnare una delibera assembleare viene attribuito a soggetti pubblici quali la Consob, la Banca d'Italia e l'Ivass (prima del d.l. 6 luglio 2012 n. 95 denominata Isvap).

Nel quadro di tali disposizioni troviamo innanzitutto quelle riguardanti la possibilità d'impugnare le deliberazioni approvative del bilancio d'esercizio di società.

Tale legittimazione è attribuita alla Consob dall'art. 6 del d.p.r. 31 marzo 1975 n. 136 ed è ora ribadita dall'art. 157 del Testo unico della finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58) il quale ne amplia la portata anche ai bilanci consolidati, nonché all'Ivass dall'art. 102 del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209).

Con riferimento a quest'ultima norma il potere d'impugnazione dalla stessa previsto è relativo alle delibere assembleari che approvano il bilancio d'esercizio delle imprese di assicurazione e riassicurazione ed è esperibile nel caso di mancata conformità alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione, nel termine di sei mesi dall'iscrizione della relativa delibera nel registro delle imprese.

Per lo stesso motivo ed entro lo stesso termine, possono essere impugnate le delibere dell'assemblea o del consiglio di sorveglianza che approvano il bilancio di esercizio o consolidato di società per azioni e cooperative, le cui azioni siano quotate in un mercato regolamentato italiano, restando così escluse sia le società non quotate sia quelle quotate soltanto in mercati esteri.

Non è però chiaro se il requisito della quotazione debba necessariamente sussistere al momento della chiusura dell'esercizio cui il bilancio fa riferimento o se sia sufficiente che la società sia quotata al momento dell'approvazione del bilancio medesimo o comunque al tempo dell'impugnazione.

Pare preferibile l'opinione che ritiene il requisito in esame una condizione dell'azione, e che pertanto l'impugnazione sia ammessa a condizione che la società sia quotata quando l'impugnazione viene proposta ed il giudice emette la sentenza²⁴⁴.

²⁴⁴ In tal senso RORDORF, "Impugnazione di atti societari da parte della Consob", in *Giur. Comm.*, 1, 2002.

In questo senso, se la quotazione dovesse venire a mancare dopo l'impugnazione e prima della decisione del giudice, l'azione promossa dalla Consob dovrebbe quindi essere dichiarata inammissibile per sopravvenuta carenza di legittimazione e di interesse ad agire, essendo quest'ultimi radicati nell'esigenza di una corretta informazione del mercato regolamentato, la quale si può ravvisare fin quando la società sia quotata e le relative azioni trattate sul mercato regolamentato.

Oltre alla fattispecie ora considerata, la legge riconosce in ulteriori casi alle autorità di vigilanza il potere di impugnare le deliberazioni assembleari di società.

Ciò avviene con riguardo all'impugnativa delle deliberazioni assunte da banche, imprese di assicurazioni e società quotate con il voto determinante di soggetti che ne detengono partecipazioni in modo illegittimo, in quanto superiori alla soglia consentita o non autorizzate dall'ente prepostovi o assunte senza ottemperare agli oneri informativi previsti dalla normativa di settore.

A tal proposito l'art. 19 del T.u.b. (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) prescrive che la Banca d'Italia autorizzi preventivamente l'acquisizione a qualunque titolo di azioni o quote di banche, da chiunque effettuate, allorquando ciò determini una partecipazione superiore al cinque per cento della banca rappresentato da azioni o quote con diritto di voto o quando la partecipazione comporti il controllo della banca stessa, e l'art. 20 del T.u.b. prescrive che ogni accordo che regola o da cui possa derivare l'esercizio concertato del voto in una banca anche cooperativa o in una società che la controlla deve essere comunicato alla Banca d'Italia dai partecipanti o dai rappresentanti legali della banca o della società cui l'accordo si riferisce.

In caso di esercizio del diritto di voto in mancanza delle autorizzazioni di cui all'art. 19 o di omissione delle comunicazioni di cui all'art. 20, la deliberazione è impugnabile a norma dell'art. 2377 cod. civ. anche dalla Banca d'Italia entro sei mesi dalla data della deliberazione o dall'iscrizione della stessa nel registro delle imprese se la maggioranza richiesta non sarebbe stata raggiunta senza i voti inerenti alle predette azioni o quote.

Un'ulteriore classe di fattispecie normative concerne le Sim, Sicav e Società di gestione del risparmio per le quali il Testo unico della finanza prevede che i

partecipanti al capitale debbano essere in possesso di determinati requisiti di onorabilità e professionalità, il cui difetto non impedisce di acquisire la partecipazione ma priva il socio del corrispondente diritto di voto in assemblea con il corollario che, qualora il voto venga ugualmente esercitato e risulti determinate ai fini della formazione della maggioranza, la deliberazione così assunta è annullabile e può essere impugnata ai sensi dell'art. 2377 cod. civ. oltre che dai soggetti ivi indicati anche dalla Banca d'Italia e dalla Consob, entro centottanta giorni dalla data della deliberazione o dall'iscrizione o dal deposito della stessa presso il registro delle imprese (art. 14, sesto comma, t.u.f.).

Analogamente è previsto dall'art. 25 T.u.b., ove è disposto che in mancanza dei requisiti di onorabilità richiesti per i partecipanti al capitale delle banche non può essere esercitato il diritto di voto inerente alle azioni o quote eccedenti il suddetto limite, e qualora la maggioranza richiesta ai fini dell'adozione della delibera non sarebbe stata raggiunta senza i voti inerenti a tali azioni o quote, l'impugnazione può essere proposta anche dalla Banca d'Italia, entro sei mesi dall'adozione della delibera o dall'iscrizione della stessa nel registro delle imprese.

Ed identica disposizione è contenuta nell'art. 77 del Codice delle assicurazioni private, che mira a sanzionare chi si trovi nelle medesime condizioni a detenere partecipazioni rilevanti in imprese di assicurazione e riassicurazione, con legittimazione all'impugnazione in tal caso attribuita all'Ivass.

La cessione o l'acquisto di partecipazioni qualificate in Sim, Sicav e Società di gestione del risparmio sono poi soggette ad un complesso regime di comunicazioni in via preventiva alla Banca d'Italia ed in via successiva alla Consob ed alla stessa Banca d'Italia, la quale può vietare l'acquisto o stabilire un termine entro il quale esso debba avere luogo (art. 15 t.u.f.)

L'eventuale violazione di tali disposizioni può riflettersi sulla validità delle deliberazioni assembleari qualora esse siano state adottate con il voto determinante di soci la cui partecipazione era stata acquistata nel disprezzo di tali regole o quando sia stato disatteso il provvedimento di sospensione del diritto di voto inerente ad una partecipazione qualificata, che la Banca d'Italia può adottare, sentita la Consob,

quando abbia timore che quel voto possa pregiudicare la gestione sana e prudente della società o l'effettivo esercizio della vigilanza. In tali casi, è pure prevista la legittimazione all'impugnazione della Banca d'Italia e della Consob *ex art. 16 t.u.f.*

Requisiti di partecipazione al capitale sociale ed obblighi di comunicazione degli acquisti e delle cessioni di partecipazioni rilevanti sono previsti anche per le società di gestione dei mercati regolamentati e per le società di gestione accentrata di strumenti finanziari, con il solito corollario del divieto di voto per chi non sia in possesso di tali requisiti o non abbia rispettato i predetti obblighi di comunicazione e conseguente impugnabilità anche da parte della sola Consob per le prime (*ex art. 61 t.u.f.*) e sia della Consob che della Banca d'Italia per le seconde (*ex art. 80 t.u.f.*), delle deliberazioni assunte con il voto determinante di chi non avrebbe potuto partecipare.

Analoghi poteri sono inoltre contemplati in capo alla Consob dagli articoli 120 e 121 del t.u.f. con riferimento alle delibere assembleari delle società quotate nel caso in cui siano state assunte con il voto determinante di un socio che abbia omesso di eseguire le comunicazioni prescritte per le partecipazioni superiori al due per cento del capitale o di soci il cui voto avrebbe dovuto essere sospeso per superamento dei limiti consentiti di partecipazione reciproca o ancora con il voto determinante di chi, avendo violato le disposizioni stabilite dagli articoli 106 e 108 del t.u.f. in tema di offerta pubblica obbligatoria, non avrebbe dovuto essere ammesso all'esercizio del diritto di voto.

Infine vi è il caso previsto dall'art. 122 t.u.f., in virtù del quale la Consob è legittimata ad impugnare la delibera assunta con il voto determinante degli aderenti ad un patto parasociale il cui diritto di voto sia stato sospeso per non aver rispettato il dovere di comunicarne l'esistenza alla Consob entro cinque giorni dalla stipulazione, di darne pubblicazione sulla stampa quotidiana entro dieci giorni, nonché di depositarne copia presso l'ufficio del registro delle imprese entro quindici giorni.

Ed ancora in quest'ambito rientra il disposto dell'art. 74 del Codice delle assicurazioni private secondo cui l'esercizio del diritto di voto inerente a partecipazioni non autorizzate, sospese o revocate, rende la delibera dell'impresa di

assicurazione o riassicurazione impugnabile, qualora siano state determinanti per il raggiungimento del *quorum* deliberativo, anche dall'Ivass, entro sei mesi dalla data della delibera o dalla sua iscrizione nel registro delle imprese.

5.1 Gli interessi tutelati.

Nella ricerca degli interessi tutelati attraverso la legittimazione speciale delle Autorità di controllo un utile strumento è rappresentato dalla normativa di settore, la quale precisa limiti e contenuti delle funzioni pubbliche di vigilanza che le stesse sono chiamate a svolgere.

L'art. 5 del t.u.f. chiarisce ad esempio come la Consob agisca nell'ottica di tutela dell'interesse diffuso alla correttezza ed alla trasparenza delle operazioni realizzate.

Nella sua posizione di terzietà rispetto alle dinamiche endosocietarie la Consob si occupa quindi della difesa di posizioni soggettive esterne coincidenti con la tutela del bene-informazione, nonché del valore del risparmio diffuso, assicurando la tempestiva e puntuale diffusione delle notizie attinenti all'assetto proprietario ed organizzativo delle società.

Si pensi al caso di inadempimento degli oneri pubblicitari in materia di patti parasociali di cui all'art. 122 t.u.f. e alle carenze che esso comporta con riferimento alla trasparenza dei processi decisionali in una determinata società. Si potrebbe infatti pervenire all'adozione di una delibera assembleare conforme alla volontà degli aderenti al patto, che in forza dell'accordo fossero in grado di esprimere il proprio voto in modo determinante, e privare gli altri azionisti dell'opportunità di attuare congrue misure di difesa.

L'azione della Banca d'Italia trova invece la sua funzione nell'obiettivo di assicurare la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati nonché la stabilità, efficienza e competitività del sistema finanziario, secondo quanto disposto dall'art. 5 del T.u.b.

Si tratta di una vigilanza di carattere prudenziale, la quale si estrinseca in una duplice direzione: microeconomica, nel controllo delle modalità di gestione dei singoli esercenti l'attività bancaria, e macroeconomica, in virtù dell'incidenza dei singoli sul corretto funzionamento del sistema complesso, alla cui stabilizzazione tende l'intervento di tale Autorità di vigilanza.

Nell'analisi degli interessi tutelati dall'azione dell'Ivass è possibile constatare in capo alla stessa la reiterazione delle competenze già esaminate per i settori finanziario e bancario (art. 3 cod. ass.).

Nell'interesse pubblico tutelato attraverso l'iniziativa di tali Autorità non deve tuttavia includersi la finalità di realizzare una forma di eterotutela dei soci.

Si è infatti parlato a proposito della legittimazione della Consob ad impugnare la delibera di approvazione del bilancio certificato, di un intervento pubblico esplicante funzione di eterotutela nei confronti di soggetti interni alla società inidonei o impossibilitati ad autotutelarsi.

Tale tesi trovava il proprio principale supporto nel tenore letterale dell'art. 6 del d.p.r. 31 marzo 1975 oggi art. 157 t.u.f. avente ad oggetto l'impugnativa dei bilanci assoggettati a revisione contabile, il quale precludeva la contestazione in giudizio ai soci non aventi partecipazioni pari «almeno al ventesimo del capitale sociale o cento milioni di lire in valore nominale se il capitale sociale è inferiore a due miliardi di lire» ed introduceva nei casi in cui agli stessi non fosse concesso il potere di adire l'autorità giudiziaria la legittimazione della Consob, in capo alla quale veniva pertanto configurata una legittimazione sostitutiva di quella soppressa dei singoli azionisti²⁴⁵.

La teoria riferita non appare condivisibile, né con riferimento alla legittimazione della Consob, né con riguardo a quella delle altre Autorità indipendenti.

²⁴⁵ FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993, 464; GALGANO, *La società per azioni*, op. cit., 441.

In argomento si veda anche RORDORF, "Impugnazione di atti societari da parte della Consob", op. cit., 2002.

In tutti i casi di impugnativa esperibili dalla Consob, così come delle altre Autorità indicate, l'iniziativa della stessa si affianca ma non si surroga a quella degli altri soggetti legittimati, la cui legittimazione rimane ferma²⁴⁶.

A conferma di ciò si pone l'ulteriore argomentazione per cui, anche nel caso in cui i soci non possano impugnare a causa del mancato raggiungimento del *quorum* previsto dalla legge, la relativa tutela viene realizzata dal legislatore attraverso l'attribuzione della legittimazione ad esperire un'azione risarcitoria. Peraltro, se la limitazione del potere di impugnativa dei soci è diretta ad evitare azioni strumentali da parte di minoranze disturbatrici, pare incongruo attribuire *tout court* alle Autorità di vigilanza una funzione surrogatoria di tutela di un interesse, quello dei soci sotto soglia, considerato dalla legge come non rilevante.

Stabilito che l'interesse perseguito attraverso l'impugnativa di tali soggetti pubblici è esterno alla società, occorre quindi valutare se esso sia generale o settoriale.

I soggetti in questione sono a ben vedere deputati alla cura di interessi che pur essendo collettivi non appartengono alla totalità dei cittadini, bensì a più circoscritte categorie, quali gli investitori in valori mobiliari, i depositanti, gli assicurati ed è possibile quindi concludere nel senso che l'esperibilità della loro impugnativa risulti funzionale all'obiettivo di assicurare la tutela degli assetti organizzativi e patrimoniali degli enti sottoposti alla loro vigilanza.

5.2 Presupposti e limiti dell'impugnativa: carattere doveroso o esercizio discrezionale dell'azione.

Stabilito che l'interesse perseguito attraverso l'impugnativa dei soggetti pubblici è esterno alla società, occorre domandarsi se l'esercizio della relativa azione sia o meno per essi doveroso.

²⁴⁶ ZANARONE, *op. cit.*, 318.

In argomento anche BERNABAI, *op. cit.*, 149, il quale ravvisa nell'inadeguatezza di una reazione affidata ai soli soci un filo comune delle ipotesi di legittimazione delle Autorità di controllo.

Sul punto pare preferibile ritenere che la decisione di agire in giudizio da parte delle Autorità di vigilanza, pur presentando dei profili di doverosità, implichi sempre una valutazione discrezionale e non costituisca pertanto un atto sempre dovuto.

L'agire delle Autorità appare infatti necessario con riguardo allo svolgimento del controllo in ordine alla legittimità dell'operato dell'adunanza dei soci, nei casi contemplati dalla normativa di settore.

L'attribuzione di speciali poteri di impugnativa conferisce all'ente che ne è titolare il dovere di valutare la sussistenza del vizio e cioè se ed in quale misura l'interesse istituzionalmente presidiato venga leso dall'oggetto o dalle modalità di assunzione del deliberato assembleare²⁴⁷.

L'esercizio dell'azione da parte delle Autorità di vigilanza presuppone quindi una valutazione preliminare vincolata alla considerazione dell'interesse presidiato, da condurre secondo il grado di professionalità e competenza proprio del soggetto pubblico.

Sulla scorta delle indagini svolte in conseguenza del dovere di vigilanza, ogni qualvolta venga accertata la sussistenza del vizio e la lesione dell'interesse pubblico, l'Autorità di settore sarà tenuta ad esperire l'impugnativa²⁴⁸.

A ben vedere la stessa legge si esprime, a proposito di tale legittimazione, sempre in termini di possibilità piuttosto che di obbligatorietà, e ciò induce a ritenere

²⁴⁷ A tal proposito LIBONATI, "La quarta Consob", in *Riv. soc.*, 1985, 477, parla di attribuzione di un potere dovere.

In argomento si veda anche SCOGNAMIGLIO, "La responsabilità civile della Consob", in GALGANO – VISINTINI (a cura di), "Mercato finanziario e tutela del risparmio", in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, 43, Milano, 2006, 281 ss. il quale osserva che la vigilanza è una prestazione di attesa sia pure vigile, la quale comporta e richiede che il vigilante si attivi con la massima tempestività possibile e con la più scrupolosa diligenza in presenza di indici di anomalia e di esposti o segnalazioni circa la sussistenza di situazioni anomale o patologiche.

²⁴⁸ In tal senso RORDORF, "Impugnazione di atti societari da parte della Consob", *op. cit.*, 39 ss., con riferimento al caso di impugnativa di bilanci certificati da parte della Consob evidenzia che l'esercizio dell'impugnativa appare subordinato al necessario accertamento della lesione degli interessi diffusi del mercato cui l'autorità di vigilanza deve ispirarsi.

Analogamente PAOLUCCI, "Disciplina delle partecipazioni reciproche", in *N. leggi civ.*, 2001, 61 ss., esclude l'esistenza di un dovere *tout court* di impugnare e ritiene che la Consob debba agire solo se sia danneggiato l'interesse pubblico alla trasparenza.

Esprime l'impossibilità di configurare l'azione come una conseguenza automatica della mera violazione di legge ZANARONE, *op. cit.*, 320.

che tali soggetti possano, ma non necessariamente debbano, esperire la relativa azione giudiziaria.

Essi sono comunque tenuti a compiere una valutazione di opportunità al fine di bilanciare i costi ed i vantaggi dell'iniziativa volta a far annullare una deliberazione, i cui effetti potrebbero essere del tutto influenti o addirittura benefici per il mercato ed il risparmio, o comunque per gli interessi che essi sono chiamati a tutelare²⁴⁹.

A ciò si aggiunga che laddove si è voluta stabilire l'obbligatorietà dell'azione come conseguenza automatica della violazione di legge essa è stata espressamente disposta. Ciò è previsto, ai sensi dell'art. 108 T.u.b., nel caso di delibere assembleari dei soggetti operanti nel settore finanziario adottate con il voto determinante di soci che avrebbero dovuto essere esclusi in quanto privi dei necessari requisiti di onorabilità, per le quali è sancita espressamente (seppur piuttosto irrazionalmente) come obbligatoria l'impugnazione non dell'Autorità di vigilanza bensì di amministratori e sindaci della stessa società.

5.3 Confronto con l'impugnativa esperibile dai legittimati *ex art. 2377 cod. civ.*

Nel tentativo di individuare le caratteristiche dell'impugnativa speciale, alla luce della dimensione pubblicistica dell'interesse tutelato, pare opportuno innanzitutto ribadire l'autonomia dell'azione esterna del soggetto pubblico rispetto alle vicende endosocietarie.

Tale impugnativa sembra infatti possibile anche nel caso in cui la delibera viziata sia foriera di vantaggi per la società, sia stata assunta all'unanimità dai soci oppure nel caso in cui questi ultimi abbiano rinunciato all'azione, o ancora a fronte di una transazione da essi posta in essere con la società.

Occorre inoltre sottolineare che il rispetto delle regole procedurali preposte allo svolgimento dell'adunanza assembleare non scongiora il rischio che la

²⁴⁹ Ritene tutt'altro che agevole individuare criteri razionali e generali in base ai quali la Consob dovrebbe soppesare la propria scelta ed eventualmente decidere di non impugnare una deliberazione, RORDORF, "Impugnazione di atti societari da parte della Consob", *op. cit.*, 39 ss.

deliberazione assunta sia viziata in quanto lesiva dell'aspettativa esterna alla trasparenza del mercato o alla correttezza dei comportamenti degli operatori.

Risalta dalla normativa di settore che il termine dell'impugnativa da parte delle Autorità di vigilanza, pari a sei mesi, è doppio rispetto a quello previsto per l'azione ordinaria (novanta giorni *ex art. 2377 cod. civ.*)

Si potrebbe supporre che il maggior termine previsto per le Autorità di vigilanza sia inteso a consentire alle stesse di verificare se l'azione sia stata previamente esperita dai soggetti legittimati *ex art. 2377 cod. civ.*, riservando di attivarsi a fini di tutela dell'interesse pubblico in due casi: qualora nessuno abbia impugnato nel minor termine di novanta giorni o quando le impugnazioni proposte non coprano la gamma di motivi che l'autorità stessa potrebbe far valere²⁵⁰.

Tale spiegazione non lascia però pienamente appagati e fa dubitare della possibilità che le Autorità di vigilanza possano far dipendere la propria decisione di impugnare dalle analoghe iniziative giudiziarie assunte o meno dai soggetti ordinariamente legittimati.

La diversità e l'indipendenza dell'azione esterna del soggetto pubblico e di quella interna proposta dai legittimati ordinari, giustificerebbe invece tale disomogeneità.

La disciplina sembra infatti denotare la consapevolezza del legislatore che l'azione speciale richiede tempi di attivazione necessariamente più estesi, per il compimento di un'istruttoria preventiva e dei procedimenti decisionali interni.

In argomento, si pensi inoltre al fatto che l'ottavo comma dell'art. 2377 cod. civ. dispone che l'annullamento della deliberazione non possa aver luogo se essa è sostituita con altra presa in conformità della legge o dello statuto.

Il legislatore ha quindi ritenuto che a seguito della sostituzione della delibera impugnata, che la riconduca nell'alveo della legge o dello statuto, l'impugnante ottenga il medesimo risultato che avrebbe ottenuto attraverso l'annullamento della

²⁵⁰ In argomento, DE SANTIS, "Le autorità di vigilanza e l'impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali", in *Giur. Comm.*, 6, 2004, 1196.

stessa e che di conseguenza venga meno la materia del contendere, residuando unicamente le pretese risarcitorie.

Allo stesso modo deve ritenersi che nel caso di giudizi promossi dalle Autorità di vigilanza, la sostituzione della delibera impugnata con altra presa in conformità delle norme del t.u.f., del T.u.b. o del Cod. ass. dovrebbe condurre alla dichiarazione di cessazione della materia del contendere.

Atteso il diverso interesse tutelato attraverso l'impugnativa promossa da queste ultime è evidente che la cessazione della materia del contendere non necessariamente rileva nei confronti di tutti gli impugnanti, dal momento che la nuova delibera assunta in sostituzione della prima potrebbe rimuovere una o più ma non tutte le cause di contrarietà alla legge o allo statuto per le quali era stata impugnata.

Il giudizio introdotto dall'Autorità di vigilanza potrebbe quindi venir meno a prescindere dalla sorte degli altri giudizi di impugnazione della medesima delibera, ancorchè congiuntamente promossi, e solo se la delibera sia sostituita con altra conforme alle norme del t.u.f. e del T.u.b. o del Cod. ass., la cui violazione fa nascere in capo all'Autorità competente la legittimazione ad impugnare, o quando sia sostituita con altra delibera che pur avendo il medesimo contenuto della precedente sia stata adottata senza il voto determinante dei soggetti che ne avevano determinato l'invalidità, allorquando esso sia previsto come presupposto dell'impugnativa.

SEZIONE III

Chiunque vi abbia interesse

6. L'interesse in funzione legittimante all'impugnativa.

L'art. 2379 cod. civ. stabilisce che l'impugnativa delle deliberazioni assembleari nulle per impossibilità o illiceità dell'oggetto, mancanza di convocazione dell'assemblea e mancanza del verbale può essere esperita da chiunque vi abbia interesse, sia o non sia socio o componente degli organi sociali, e sia stato o meno consenziente rispetto alla deliberazione stessa.

Identica legittimazione è attribuita nelle società a responsabilità limitata dall'art. 2479 *ter* cod. civ. per l'impugnazione di decisioni aventi oggetto illecito o impossibile e per quelle prese in assenza assoluta di informazione (fattispecie di invalidità che rappresenta certamente un riflesso della scelta di un modello eventualmente non assembleare di assunzione delle decisioni dei soci, in cui il rischio di un difetto assoluto di informazione sulla decisione diviene più concreto).

Si tratta dell'unico frammento di disciplina delle deliberazioni nulle che, nonostante la distanza presente tra le due fattispecie, resta comune alla materia delle invalidità negoziali.

Uniche deroghe a tale principio sono contenute nell'art. 2434 *bis* cod. civ., secondo comma, cod. civ. a proposito della legittimazione ad impugnare la delibera di approvazione del bilancio, con specifico riferimento alla fattispecie immune da rilievi da parte del revisore, nel cui caso la legittimazione all'esercizio dell'azione è attribuita a tanti soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale.

Ad assurgere a criterio di legittimazione, ai fini di cui all'art. 2379 e 2479 *ter* cod. civ. è quindi un interesse, che non è però definito dalle norme e che resta peraltro annoverato anche tra le condizioni dell'azione giudiziale in genere, *ex art.*

100 cod. proc. civ., ai sensi del quale per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario, per l'appunto, avervi interesse.

Se pertanto risulta evidente che per effetto di una formulazione della norma vicina a quella predisposta in materia contrattuale la sfera dei soggetti legittimati all'azione di nullità della deliberazione assembleare è più ampia rispetto a quella dei soggetti legittimati all'azione di annullamento, l'incertezza sulla portata dell'espressione "chiunque vi abbia interesse", nonché sulla nozione di interesse giuridicamente rilevante agli specifici fini, non consente un'immediata definizione della categoria di soggetti ai quali la relativa azione è attribuita.

Nel tentativo di definire i contorni di questo interesse legittimante all'esercizio dell'azione la giurisprudenza ha ritenuto che esso postuli l'esigenza di rimuovere una situazione pregiudizievole su determinate posizioni giuridiche²⁵¹.

L'interesse idoneo a determinare la legittimazione all'esercizio dell'azione di nullità viene pertanto identificato nella necessità di rimuovere una specifica situazione pregiudizievole, discendente dall'atto interno contro il quale si insorge, ritenendosi che esso non possa consistere nell'esigenza di astratta legalità dell'agire sociale derivante dal fatto che la deliberazione impugnata risulti affetta da vizi insanabili²⁵².

L'interesse alla declaratoria di nullità mancherà quindi allorquando non sia possibile configurare a vantaggio dell'impugnante un'utilità derivante dalla caducazione della delibera.

²⁵¹ Così Cass., 13 aprile 1989, n. 1788, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 1111, ritenendo che l'azione non possa essere promossa sulla base della sola denuncia di irregolarità nemmeno dal socio, occorrendo la specifica deduzione e dimostrazione della loro incidenza negativa nella sfera del socio stesso.

²⁵² In tal senso v. Cass., 27 febbraio 1985, n. 1699, in *Foro it.*, 1985, I, 2665; Cass., 8 giugno 1988, n. 3881, in *Foro it.*, 1989, I, 2925; Cass., 14 marzo 1992, n. 3132, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 3070.

Tale posizione era stata poi ammorbidita dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale aveva identificato la ricorrenza dell'interesse nella stessa qualità di socio, senza la necessità della concreta utilità del provvedimento richiesto e senza che l'invalidità della delibera si sia tradotta per lui in un effettivo pregiudizio, Cass. 4 dicembre 1996, n. 10814, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1202.

Le prospettive aperte dalla riforma societaria hanno poi condotto ad un nuovo irrigidimento segnalato da Cass., 21 febbraio 2003, n. 2637, in *Foro it.*, 2003, I, 2768; Cass., 25 marzo 2003, n. 4372, in *Giur. It.*, 2003, 2093; Trib. Napoli, 13 aprile 2000, in *Società*, 2000, 1114; Trib. Milano, 11 dicembre 2003, in *Giur. It.*, 2004, 569.

Ciò che si richiede è un interesse di carattere specifico e personale che non può sussistere unicamente in astratto ma deve essere concreto ed attuale²⁵³.

Siffatto interesse concreto consisterebbe nel pregiudizio che può derivare dalla deliberazione medesima ad una propria posizione soggettiva, da cui discende la necessità di rivolgersi all'autorità giudiziaria per prevenire o eliminare il pregiudizio medesimo.

Comprendere se l'impugnante sia portatore di un interesse giuridicamente rilevante e caratterizzato dai requisiti della concretezza ed attualità risulta tuttavia molto spesso complesso e numerose sono state in tal senso le difficoltà incontrate da dottrina e giurisprudenza nel tentativo di individuare il novero degli interessati soprattutto in materia di delibere assembleari di approvazione del bilancio, le quali assorbono la maggior parte della casistica relativa all'art. 2379 cod. civ.

6.1 L'identificazione dell'interesse *ex* art. 2379 cod. civ. in rapporto all'interesse ad agire.

L'utilizzazione dell'espressione "chiunque vi abbia interesse" al fine di individuare i soggetti legittimati all'esercizio dell'azione di nullità ha determinato la riproposizione di interrogativi già sollevati in campo contrattuale, tra i quali la necessità di comprendere se l'interesse menzionato dall'art. 2379 cod. civ. coincida con l'interesse ad agire di cui all'art. 100 cod. proc. civ.

Secondo una tesi minoritaria, l'interesse di cui all'art. 2379 cod. civ. altro non sarebbe che l'interesse ad agire di cui all'art. 100 cod. proc. civ., inteso come necessità di rivolgersi al giudice per evitare una lesione della propria sfera giuridica,

²⁵³ In questi termini si veda Cass., 28 maggio 1993, n. 5959, in *Società*, 1993, 1475; Cass., 4 dicembre 1996, n. 10814, in *Foro it.*, 1997, I, 828; Cass., 25 marzo 2003, n. 4372, in *Giur. It.*, 2003, 2093; Trib. Napoli, 10 novembre 1997, in *Società*, 1998, 447; Trib. Torino, 28 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 117; Trib. Napoli, 13 aprile 2000, in *Società*, 2000, 1114.

In dottrina v. LENER, "Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni", in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, I, 95; GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 2009, 203 ss., il quale evidenzia come non sia sufficiente la sussistenza di un interesse che al momento dell'esercizio dell'azione sia soltanto potenziale o sia venuto meno.

il quale, pur dovendosi normalmente valutare come un *quid pluris* rispetto alla legittimazione ad agire, consistente nella relazione del soggetto con il diritto sostanziale dedotto in giudizio, svolgerebbe in questo caso eccezionalmente funzione legittimante, assurgendo a condizione non solo necessaria ma anche sufficiente dell'azione di nullità²⁵⁴.

Secondo l'impostazione prevalente, invece, la previsione in tema di nullità delle deliberazioni assembleari imporrebbe la dimostrazione di un interesse dissociato dalla figura dell'interesse ad agire *ex art. 100 cod. proc. civ.*

La dimostrazione della sussistenza dell'interesse sostanziale suddetto non esaurirebbe quindi l'ambito degli oneri processuali, in considerazione dell'ulteriore onere di manifestare l'interesse ad agire, quale condizione dell'azione in sé considerata.

Si afferma quindi che il soggetto il quale intende esperire l'impugnativa di cui all'art. 2379 cod. civ. non è esonerato dal dimostrare in concreto la sussistenza di un proprio interesse ad agire secondo le norme generali, non potendosi confondere il profilo della legittimazione ad agire, attribuita a chiunque vi abbia interesse e attinente alla relazione del soggetto con il rapporto giuridico dedotto in giudizio, con l'interesse ad agire di cui all'art. 100 cod. proc. civ., il quale indica una situazione di fatto in cui versa il diritto sostanziale²⁵⁵.

Se si accoglie la prima delle due impostazioni, pare evidente che l'art. 2379 cod. civ. non avrebbe un significato autonomo, risolvendosi in una mera ripetizione del principio espresso nell'art. 100 cod. proc. civ.

Se si aderisce invece alla seconda teoria, al termine interesse viene giocoforza attribuito un significato diverso nella lettura delle due norme. In tal senso, l'art. 2379 cod. civ. si riferirebbe ad un interesse sostanziale a vedere pronunciato il provvedimento giudiziale per il quale viene esperita l'impugnativa, mentre l'art. 100

²⁵⁴ SASSANI, voce *Interesse ad agire*, in *Enc. Giuridica Treccani*, XVII, 1989, 11 ss.

In giurisprudenza v. Cass., 13 aprile 1989, n. 1788, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 1110.

²⁵⁵ In questo senso Cass., 17 marzo 1981, n. 1553, in *Mass. Giur. It.*, 1981; Cass., 8 giugno 1988, n. 3881, in *Foro it.*, 1989, I, 2925 ed in tale prospettiva si sono mossi anche alcuni giudici di merito, Trib. Torino, 28 luglio 1999, in *Giur. It.*, 2000, 117.

In dottrina vedi ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Digesto disc. priv.*, X, Torino, 1993, 531; COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990.

cod. proc. civ. alluderebbe al bisogno di avviare un'attività giurisdizionale, e di esso si dovrebbe quindi negare l'esistenza quando nella situazione concreta dedotta in giudizio non si ravvisi la necessità di alcun intervento dell'autorità giudiziaria nella vita dei consociati.

Indipendentemente da quale dei due orientamenti si consideri maggiormente convincente, deve ritenersi che l'impugnativa debba essere respinta quando nel caso concreto l'impugnante non possa ricavare dalla declaratoria di nullità alcun vantaggio apprezzabile.

In buona sostanza, l'elemento rilevante per affermare la legittimazione di un soggetto a tale impugnativa consisterebbe nella valutazione del risultato dell'agire *sub specie utilitatis*, consentendo l'ordinamento di agire a coloro che sono titolari di situazioni che ricaverebbero una modificazione vantaggiosa dall'accoglimento della domanda di nullità proposta.

Occorre tuttavia evidenziare come sia difficile ipotizzare situazioni di nullità della deliberazione assembleare in cui la dimostrazione dell'esigenza di rimuovere una condizione pregiudizievole su determinate posizioni giuridiche dell'impugnante non finisca con l'esaurire entrambi gli ambiti di rilevanza dell'interesse, quello in funzione legittimante e quello dettato dalla concreta utilità del provvedimento giurisdizionale richiesto.

In altri termini, è difficile ipotizzare che in situazioni in cui vi sia un interesse leso dalla deliberazione nulla e rilevante ai fini dell'attribuzione della legittimazione all'azione di nullità, in quanto rappresentato non da un interesse generico alla legalità degli atti giuridici bensì da un interesse sostanziale inteso come titolarità di una situazione soggettiva passibile di essere lesa dagli effetti dell'atto che si assume essere nullo, si possa poi concretamente sostenere l'insussistenza dell'interesse ad agire inteso come necessità di un provvedimento del giudice, dal momento che solo mediante l'esercizio dell'attività giurisdizionale si potrà impedire al deliberato di produrre effetti²⁵⁶.

²⁵⁶ In argomento si veda VILLATA, *op. cit.*, 155 ss.; TERRUSI, *op. cit.*, 247 s.; GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, *op. cit.*, 202 s., secondo cui potrebbe forse sostenersi la carenza di interesse ad agire solo nell'eventualità in cui l'atto che viene impugnato

7. La posizione dei soggetti legittimati all'impugnativa delle deliberazioni annullabili.

Un'ulteriore discussa questione inerente alla legittimazione di chiunque vi abbia interesse concerne la necessità o meno di considerare sempre titolari di un interesse rilevante, e dunque legittimati all'impugnativa delle delibere nulle, i soggetti cui l'art. 2377 cod. civ. riconosce il diritto di impugnare le deliberazioni annullabili²⁵⁷.

Pochi dubbi sembrano sorgere relativamente agli organi sociali di amministrazione e di controllo.

I primi sono, come noto, chiamati a gestire la società con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, rendendosi altrimenti responsabili verso la società, i creditori sociali ed i singoli soci o terzi, ed appare perciò logico che si riconosca loro, l'interesse a far valere l'illegittimità di delibere cui potrebbero essere chiamati a dar esecuzione e che ritengano contrastanti con l'interesse sociale che sono chiamati a tutelare.

Analogamente, pochi dubbi sembrano sorgere con riferimento all'interesse dei sindaci, cui la legge attribuisce funzioni di controllo ed il dovere di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto.

Con riguardo all'impugnativa di nullità promossa dai soci, prevale la convinzione che non si imponga una verifica specifica della legittimazione.

Sul punto, convince la considerazione per cui il socio non aziona con legittimazione straordinaria un rapporto giuridico la cui titolarità è in capo alla società, ma chiede tutela per una situazione giuridica che gli appartiene direttamente, in quanto la sua partecipazione al rischio d'impresa ed il fatto di essere vincolato da

come delibera non sia stato concepito né qualificato come tale da coloro che lo hanno formato o risultati già revocato, sostituito o dichiarato invalido.

²⁵⁷ In senso positivo Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, 1637 ss.; Trib. Napoli, 13 aprile 2000, in *Società*, 2000, 1114; Trib. Milano, 17 gennaio 2004, *Giur. It.*, 2004, 569.

Contra Cass. 25 marzo 2003, n. 4372, in *Società*, 2003, 1109.

tutte le delibere conformi alla legge o allo statuto, lo rende naturalmente interessato alla caducazione delle delibere illegittime²⁵⁸.

Il potere del socio di domandare la nullità della deliberazione non soffre però delle limitazioni previste dall'art. 2377 cod. civ. e non rende quindi necessaria la prova di una partecipazione azionaria minima né la qualità di socio assente, dissenziente o astenuto. L'impugnativa potrebbe quindi essere proposta anche dal socio che ha votato in favore della delibera, rispetto al quale si è talvolta ritenuto in giurisprudenza che non possa valere il principio del divieto di dedurre la nullità a chi vi ha dato causa²⁵⁹.

Il socio consenziente, ha già visto trionfare il proprio interesse attraverso l'approvazione della delibera e non dovrebbe pertanto avere interesse a rimetterne in discussione il contenuto. In tal senso, un'ipotesi in cui potrebbe tuttavia configurarsi il suo interesse ad impugnarla è quella in cui si rilevi il vizio della mancanza di verbale, facendosi in tal caso valere un profilo d'invalidità intervenuto successivamente alla propria manifestazione di volontà²⁶⁰.

Differentemente dalla legittimazione all'azione di annullamento, quella relativa all'impugnazione per nullità potrebbe inoltre investire anche il socio che ha facoltà di partecipare all'assemblea ma non ha diritto di voto²⁶¹.

Né può richiamarsi in argomento la preclusione prevista dall'art. 2378 cod. civ. per l'eventuale cessione delle azioni in pendenza di lite, dettata per il rispetto della soglia azionaria minima prevista per l'annullamento.

Il socio che trasferisce la propria partecipazione azionaria potrà quindi proseguire nell'azione di nullità che aveva già intentato, ferma restando la regola della legittimazione attribuita a chi vi abbia interesse e la necessità di dimostrare

²⁵⁸ In argomento v. VILLATA, *op. cit.*, 168 s.; GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, *op. cit.*, 212.

²⁵⁹ Nel senso specifico Trib. Milano, 3 luglio 1989, in *Società*, 1990, 26 e per la disciplina dell'impugnativa di delibere di assemblee condominiali Cass., 18 aprile 2002, n. 5626, in *Mass. Giur. It.*, 2002.

²⁶⁰ In argomento GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, *op. cit.*, 213, il quale ritiene il socio consenziente legittimato anche per illiceità o impossibilità dell'oggetto poiché il consenso espresso non fa venire meno il suo interesse a far accertare la nullità della delibera e a far ripristinare la legalità dell'operato assembleare.

²⁶¹ Cass., 21 febbraio 2003, n. 2637, in *Dir. Prat. soc.*, 2003, 9, 70 ss.

l'esistenza di un interesse concreto ed attuale all'impugnazione della delibera. Quanto detto può evidentemente estendersi alla contigua fattispecie dell'impugnativa proposta *ab origine* da un *ex socio* nonché dal nuovo socio, che sia divenuto tale dopo la formazione della delibera.

Riconoscere ai soci un naturale interesse ad impugnare le delibere nulle potrebbe invero aprire la strada alle temute azioni ricattatorie e strumentali, rispetto alle quali un efficace filtro può essere rappresentato dall'esigenza di accertare i requisiti di concretezza ed attualità dell'interesse fatto valere, negando la legittimazione ogni qualvolta caducare o meno la delibera sia indifferente per la società, per i soci e per i membri degli organi di amministrazione e di controllo.

8. La disciplina speciale contenuta negli artt. 2434 *bis* cod. civ. e 157 T.u.f.

Come precedentemente esaminato, ai sensi dell'art. 2434 *bis*, secondo comma, cod. civ., la legittimazione ad impugnare la deliberazione di approvazione del bilancio su cui il revisore non abbia formulato rilievi spetta a tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale ed analogamente, l'art. 157, primo comma, T.u.f., stabilisce che salvo i casi in cui il revisore non abbia formulato un giudizio negativo o rilasciato la dichiarazione di impossibilità di esprimere un giudizio, la deliberazione che approva il bilancio di esercizio può essere impugnata, per mancata conformità del bilancio alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione, da tanti soci che rappresentano almeno il cinque per cento del capitale sociale.

Al fine di contrastare le impugnative di mero disturbo nel settore che più di ogni altro si è prestato ad iniziative ricattatorie e strumentali, il legislatore ha quindi con le suindicate norme derogato alla disciplina dell'impugnazione prevista dall'art. 2379 cod. civ. stabilendo che i soci possano impugnare le deliberazioni di approvazione del bilancio solo se raggiungano il possesso azionario minimo richiesto.

In entrambe le disposizioni indicate non è stato tuttavia riprodotto l'inciso contenuto nel loro antecedente storico, l'art. 6 del d.p.r. 136/1975, il quale prevedeva l'applicazione della disciplina in esso contenuta in deroga agli articoli 2377 e 2379 del codice civile.

Da ciò discende che per tutti i soggetti diversi dai soci la disciplina della legittimazione all'impugnazione resta quella prevista dagli articoli 2377 e 2379 cod. civ. con conseguente assoggettamento dei soci ad una disciplina più rigida di quella applicabile agli organi sociali ed ai terzi²⁶².

Ciò non determina particolari differenze per le delibere affette da vizi tali da dar luogo ad annullabilità, le quali saranno comunque impugnabili dai soci quando possiedano l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ed il cinque per cento nelle altre.

La limitazione della legittimazione all'impugnazione ai soli soci in possesso di un *quorum* minimo è infatti contenuta sia nell'art. 2377 che nell'art. 2434 *bis* cod. civ. , seppur in quest'ultimo caso non esclusivamente riferito a capitale rappresentato da azioni con diritto di voto e circoscritto ai soli casi in cui il revisore abbia espresso un giudizio privo di rilievi.

Nei casi di vizi determinanti nullità invece, la disciplina generale delle società chiuse consente l'impugnativa a qualunque interessato ed è pertanto evidente come l'art. 2434 *bis* cod. civ. rappresenti una restrizione significativa ai poteri di impugnativa del socio e di difficile giustificazione in ordine a vizi, quali quelli di procedimento, sottratti al controllo del revisore.

I soci privi dei *quorum* richiesti dagli articoli 2434 *bis* cod. civ. e 157 T.u.f. potranno quindi solo eventualmente sollecitare l'impugnativa degli organi sociali, della Consob nelle società quotate, ed dei terzi interessati e ciò renderà le

²⁶² In tal senso COLOMBO, *Sub art. 157* , in CAMPOBASSO (diretto da), *Testo unico della finanza, Commentario*, II, Torino, 2003, 1302, il quale ammette all'impugnativa anche il socio che seppur sprovvisto del *quorum* richiesto sia creditore della società; LOLLI, *Sub art. 157*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Disciplina delle società con azioni quotate*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001; GUERRIERI, *Sub art. 2479 c.c.*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, 2062; GENOVESE, "Le fattispecie tipiche di invalidità", *op. cit.*, 245.

impugnative di disturbo, che il limite del possesso azionario minimo vuole ostacolare, comunque possibili attraverso l'ausilio di soggetti compiacenti.

8.1 L'interesse ad impugnare le delibere di approvazione del bilancio.

L'individuazione dell'interesse tutelato attraverso l'impugnazione delle delibere di approvazione del bilancio vede fronteggiarsi due diverse interpretazioni.

Da un lato, esse sarebbero impugnabili solo da chi, a causa della falsità dei dati rappresentati, possa lamentare la lesione di un interesse di contenuto patrimoniale²⁶³, mentre dall'altro lato esse potrebbero essere impugnate facendo valere la frustrazione dell'interesse ad una corretta informazione sulla situazione patrimoniale e finanziaria della società²⁶⁴.

Quest'ultima impostazione presta certamente il fianco ad impugnative di mero disturbo ma risulta invero maggiormente compatibile con la generale funzione informativa riconosciuta al bilancio d'esercizio, la quale viene tutelata sotto il profilo della veridicità e della correttezza dei dati esposti in bilancio nonché della chiarezza nella loro esposizione²⁶⁵.

L'interesse a tutela del quale è diretta l'impugnativa dovrà essere anche in tal caso concreto ed attuale, con la conseguenza che non sarà impugnabile la delibera di approvazione di un bilancio che in epoca anteriore all'instaurazione del giudizio sia stato sostituito da un altro corretto e regolarmente approvato²⁶⁶, anche se non si tratta

²⁶³ Così Cass., 18 marzo 1986, n. 1839, in *Foro it.*, 1987, I, 1232; Cass., 14 marzo 1992, n. 3132, in *Giur. It.*, 1993, I, 108, con nota di MIGNONE; Cass., 23 novembre 2005, n. 24591, in *Notariato*, 2006, 3, 252; Cass., 2 maggio 2007, n. 10139, in *Contratti*, 2008, 118 ss., con nota di COLANTONI; Trib. Salerno, 6 dicembre 2006, in *Società*, 2007, 11, 1378.

²⁶⁴ Cass., 28 maggio 1993, n. 5959, in *Società*, 1993, 1475; Cass., 30 marzo 1995, n. 3774, in *Società*, 1995; App. Milano, 13 settembre 1988, in *Giur. It.*, 1990, I, 1, 1629; Trib. Torino, 16 maggio 1995, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, 118 che richiede un pregiudizio attuale e concreto al diritto d'informazione; Trib. Piacenza, 19 ottobre 1995, in *Società*, 1996, 451; Trib. Ancona, 18 gennaio 2002, in *Società*, 2002, 464.

²⁶⁵ In argomento si veda Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2000, n. 27, in *Società*, 2000, 5, 551, con nota di SALAFIA; Cass., 29 settembre 2005, n. 19097, in *Società*, 2005, 1517; Cass., 7 marzo 2006, n. 4874, in *Società*, 2007, 6, 703; Cass., 2 maggio 2007, n. 10139, in *Società*, 2008, 1, 53; Trib. Genova, 2 novembre 2005, in *Società*, 2006, 619 con nota di SALAFIA.

²⁶⁶ Così Trib. Napoli, 5 aprile 2004, in *Società*, 2004, 1418 con nota di SILVETTI.

di bilancio dell'esercizio successivo, dalla cui approvazione l'art. 2434 *bis*, primo comma, fa infatti discendere l'impossibilità di esperire il potere di impugnativa.

Si ritiene inoltre necessario al fine di configurare l'interesse di cui in argomento, che i vizi da cui discende la nullità siano tali da ingenerare concretamente incertezze o erronee convinzioni sulla situazione patrimoniale e finanziaria della società o sul risultato economico dell'esercizio, e che non siano invece marginali o insignificanti, tali per cui la distanza tra i dati esposti in bilancio e quelli reali sia minima²⁶⁷.

L'impugnante dovrebbe inoltre dimostrare quale rilievo abbia per lui la conoscenza di dati contabili corretti relativi alla società il cui bilancio è oggetto d'impugnativa, e così dimostrare le ragioni per le quali è concretamente interessato a conoscere la situazione patrimoniale e finanziaria della società, non potendosi ritenere sufficiente un generico interesse alla correttezza dei dati risultanti dal registro delle imprese in cui la relativa delibera, viene come noto, iscritta.

Quest'ultima soluzione finirebbe infatti per rendere in astratto legittimato chiunque e vanificherebbe la funzione di filtro della norma sulla legittimazione proprio nel settore che più di ogni altro ha costituito fonte di impugnative di mero disturbo.

9. La non applicabilità dell'art. 2379 cod. civ. all'impugnativa delle delibere consiliari viziose.

Differentemente dalla disciplina in materia di deliberazioni assembleari, l'art. 2388 cod. civ. nulla dice circa la possibilità di impugnare le delibere consiliari in caso di nullità.

²⁶⁷ Si veda in argomento Cass., 22 gennaio 2003, n. 928, in *Dir. Prat. Soc.*, 2003, 8, 56, con nota di FERRARI.

Sul punto, la ricerca di sanzioni diverse da quelle previste dall'art. 2388 cod. civ. e la configurabilità di una legittimazione estesa a chiunque vi abbia interesse è stata criticata dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza²⁶⁸.

Si obietta infatti che tale interpretazione contrasta con il dato formale, il quale espressamente richiama della disciplina delle delibere assembleari invalide i soli articoli 2377 e 2378 cod. civ., con ciò mostrando di escludere l'applicazione dell'art. 2379 cod. civ.

Gli eventi patologici previsti dall'art. 2379 cod. civ. saranno quindi sanzionabili nel campo delle delibere del consiglio di amministrazione attraverso la disciplina che la legge per esse detta.

Le fattispecie di invalidità introdotte dall'art. 2388 cod. civ. rappresentano infatti l'unico rimedio previsto dalla legge a fronte di delibere consiliari viziate ed in virtù del carattere abbastanza ampio della disposizione sono da ritenersi in grado di ricomprendere ogni possibile vizio di procedimento e di contenuto che la delibera possa presentare²⁶⁹.

Sarebbe inoltre singolare che il legislatore, nel dettare una disciplina *ad hoc* in materia di impugnazione di delibere consiliari, abbia lasciato spazio ad ulteriori casi di invalidità, non espressamente disciplinati, proprio nel settore in cui più forti

²⁶⁸ CAMPOBASSO, *op. ult. cit.*, 380; PISANI MASSAMORMILE, "Invalidità delle delibere consiliari", *op. cit.*, 521 ss.; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *op. cit.*, 174; VENTORUZZO, *Sub art.* 2388 c.c., *op. cit.*, 319 ss.; GUERRIERI, *Sub art.* 2388 cod. civ., *op. cit.*, 734 ss.; MOSCO, *op. cit.*, 633; PATRIARCA, "Le delibere consiliari viziate", in *Annali dell'Università del Molise*, Napoli, 2005, 675 ss.

In giurisprudenza si veda Trib. Ferrara, 22 dicembre 2006, in *Rds*, 2008, 598 e Trib. Milano, 19 febbraio 2009, in *Società*, 10, 2009, 1269 ss., con nota di CENTONZE.

²⁶⁹ Rifiuta la tesi che tutti i vizi attinenti alle deliberazioni del consiglio di amministrazione debbano essere ricondotti alla fattispecie prevista dall'art. 2388 c.c., NAZZICONE, *op. cit.*, 97, sulla scorta della considerazione che è tuttora valida la conclusione circa la qualificazione del sistema degli articoli 2377 – 2379 come disciplina generale in materia di impugnazione delle deliberazioni adottate da organi collegiali societari.

Nello stesso senso è orientato IRRERA, *Sub art.* 2388 c.c., *op. cit.*, 732 ss., il quale ritenendo che sarebbe incomprensibile un sistema che consenta l'impugnazione delle delibere annullabili e lo vieti per ipotesi ontologicamente più gravi giunge alla conclusione dell'applicabilità dell'art. 2379 c.c. alle delibere consiliari nulle.

In argomento anche MODULO, *op. cit.*, 446, il quale ipotizza che il legislatore abbia voluto lasciare alla giurisprudenza l'onere di valutare caso per caso se determinate violazioni possano essere impugnate da chiunque vi abbia interesse.

sono le esigenze di certezza e stabilità, le quali hanno condotto a limitare le cause e gli effetti dell'impugnazione delle delibere assembleari.

Potrebbe tuttavia rilevarsi che il sistema che ne deriva sia profondamente incoerente, in quanto sanziona diversamente i medesimi vizi e configura una differente legittimazione all'impugnativa a seconda dell'organo che assume la delibera, ma tale rilievo potrebbe essere respinto allorquando si considerasse la diversità di composizione, di competenze e di incidenza endo ed extrasocietaria di assemblea e consiglio di amministrazione.

A ciò si aggiunge l'esigenza dichiarata dal legislatore della riforma, sottesa anche alla disciplina dell'invalidità delle delibere consiliari, di evitare azioni strumentali volte ad incidere negativamente sull'efficienza del motore dell'azione societaria, e pare difficile ritenere che l'attenuazione di questo rischio possa essere affidata alla valutazione rigida e rigorosa dell'interesse ad agire del socio o del terzo²⁷⁰.

Parimenti non convincenti paiono gli argomenti che per fondare la nullità delle delibere consiliari vorrebbero far leva sulla nullità della delibera di approvazione di un bilancio viziato. Ed infatti la delibera consiliare di redazione del progetto di bilancio rappresenta il momento preliminare di un procedimento, ed è destinata a prendere autonomia una volta intervenuta la delibera assembleare di approvazione del bilancio.

Ciò non significa che la delibera che approva il progetto di bilancio viziato non sia impugnabile, ma rientrerà come tale fra quelle impugnabili a norma dell'art. 2388 cod. civ.²⁷¹

²⁷⁰ Ritiene che il rischio di azioni strumentali possa essere evitato attraverso una valutazione severa e rigida dell'interesse ad agire, IRRERA, *Sub* art. 2388 c.c., *op. cit.*, 733.

²⁷¹ Così PISANI MASSAMORMILE, "Invalidità delle delibere consiliari", *op. cit.*, 525 s.

SEZIONE IV

La rilevabilità d'ufficio

10. Il rilievo d'ufficio della nullità da parte del giudice.

Per le deliberazioni affette da vizi di nullità l'art. 2379 cod. civ. statuisce che entro il termine di tre anni dalla loro trascrizione nel libro delle adunanze assembleari o se prevista, dall'avvenuta pubblicità nel registro delle imprese, la nullità è rilevabile d'ufficio dal giudice.

Nonostante il notevole valore dogmatico della previsione, sia prima che dopo la riforma del 2003 la prassi non ha invero offerto frequenti fattispecie di rilievo *ex officio* della nullità della delibera, probabilmente in virtù del prevalente orientamento formatosi in materia contrattuale nel coordinamento fra l'analoga regola dell'art. 1421 cod. civ. ed i principi generali che disciplinano l'esercizio dell'azione ed i poteri del giudice, quali il principio della domanda (art. 99 cod. proc. civ.) ed il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 cod. proc. civ.)²⁷².

Quest'ultimi dispongono infatti che il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa e che non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti.

Sulla base di tali principi si è da tempo affermato in giurisprudenza un orientamento volto ad interpretare in maniera restrittiva le norme sulla rilevabilità d'ufficio della nullità, in virtù del quale il giudice può esercitare tale potere solo

²⁷² In argomento si veda ABRIANI, "Il rilievo d'ufficio della nullità delle delibere assembleari: verso un superamento dei tradizionali limiti giurisprudenziali?", in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1996, 979 ss.

quando esso sia determinante per la decisione della lite, e cioè per accogliere o respingere la domanda²⁷³.

Conseguentemente, in presenza di una domanda di annullamento, risoluzione o rescissione, egli non potrebbe pronunciare la nullità poiché altrimenti l'atto verrebbe caducato sulla base di un titolo diverso da quello azionato in giudizio, così andando oltre il *petitum* delle parti.

Aderendo alla cennata soluzione, la nullità non potrebbe quindi essere rilevata d'ufficio dal giudice neppure per un vizio diverso da quello prospettato dalle parti, né in presenza di una domanda proveniente da un soggetto non legittimato, poiché in tal caso, anche se fondata nel merito, la domanda andrebbe dichiarata inammissibile per difetto di legittimazione²⁷⁴.

In altri termini, secondo tale impostazione, la possibilità di rilevare d'ufficio la nullità di un negozio giuridico presuppone la pendenza di un'azione fondata su quel negozio e volta ad ottenerne l'esecuzione, poiché solo in tal caso l'intervento del giudice, risolvendosi nell'accertamento di un fatto idoneo ad impedire l'accoglimento della domanda attorea, risulterebbe compatibile con il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Potrebbe tuttavia obiettarsi che un'interpretazione così rigida finirebbe con il vanificare la regola della rilevabilità d'ufficio e non troverebbe peraltro corrispondenza nel tenore dell'art. 2379 cod. civ., il quale non contiene alcun elemento da cui desumere che i poteri d'ufficio del giudice debbano essere intesi in senso così restrittivo.

²⁷³ In questo senso con riferimento all'art. 1421 cod. civ., Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.*, 1970, I, 1907, con nota di PROTO PISANI e in *Foro pad.*, 1971, I, 742, con nota di IRTI; Cass., 11 marzo 1988, n. 2398, in *Foro it.*, 1989, I, 1936; Cass., 23 settembre 2000, n. 12644, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass., 7 marzo 2002, 3345, in *Foro it.*, 2002, I, 1702; Cass., 14 gennaio 2003, n. 435, in *Mass. Giur. It.*, 2003; Cass., 10 settembre 2004, n. 18210, in *Mass. Giur. It.*, 2004; Cass., 20 ottobre 2004, n. 20548, in *Giur. It.*, 2005, 1609; Cass., 14 dicembre 2004, n. 23292, in *Contratti*, 2005, 7, 669; Cass., 14 ottobre 2005, n. 19903, in *Contratti*, 2006, 5, 480.

Con riguardo all'art. 2379 cod. civ., App. Catania, 5 aprile 1990, in *Dir. Fall.*, 1990, II, 1123; App. Milano, 31 maggio 1991, in *Società*, 1991, 1654.

²⁷⁴ Cfr., Cass., 27 giugno 2005, n. 13732, in *Guida al diritto*, 2005, 31, 51; Cass., 9 luglio 2005, n. 14467, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

La circostanza che la legge preveda la semplice rilevabilità d'ufficio consente certamente di escludere che il giudice possa attivarsi di propria iniziativa al di fuori di un processo validamente instaurato dalle parti²⁷⁵.

Quando la legge consente la rilevabilità d'ufficio di una questione può tuttavia ritenersi che operi una parziale deroga all'art. 112 cod. proc. civ. che consente al giudice di pronunciare anche su questioni che, per quanto estranee alle domande, alle eccezioni e deduzioni delle parti, rappresentano un presupposto delle loro istanze²⁷⁶.

Il principio della domanda non interferisce infatti con la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità, in quanto esso impone al giudice di non emettere pronunce che non siano collegate alle domande effettivamente proposte, senza però precludergli di esaminare la fondatezza di dette domande alla luce di tutti gli argomenti a tal fine rilevanti, salvo che vi sia il limite della necessaria eccezione di parte.

In tal senso potrebbe ritenersi che il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità della delibera anche quando ne sia stato chiesto l'annullamento o qualora una pronuncia di nullità sia stata richiesta da una delle parti ma per motivi diversi da quelli che, ad avviso dell'organo giudicante, possono essere fatti valere²⁷⁷.

Non sembra invece ipotizzabile che la rilevabilità d'ufficio venga in tal guisa utilizzata come strumento per vanificare le preclusioni soggettive poste dalla legge alla legittimazione all'esercizio dell'impugnativa e che pertanto essa non possa essere utilizzata nei casi in cui l'azione sia stata proposta da uno o più soggetti privi di legittimazione per mancanza di interesse all'invalidità *ex art.* 2379 cod. civ. o da

²⁷⁵ Nel senso che l'art. 1421 c.c. non consente al giudice di dichiarare la nullità di un contratto d'ufficio al di fuori di una qualsivoglia iniziativa di parte, Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Corr. Giur.*, 2005, 957 ss. con nota di MARICONDA.

²⁷⁶ In tal senso MARICONDA, "La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c.", in *Corr. Giur.*, 2005, 957 ss.

Si veda Cass., Sez. Un., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Contratti*, 2005, 6, 565.

²⁷⁷ In tal senso, GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, *op. cit.*, 237; CORSINI, "Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice", in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, 677.

Contra Cass., 8 ottobre 1981, n. 5294, in *Mass. Giur. It.*, 1981; Cass., 12 dicembre 1986, n. 7402, in *Mass. Giur. It.*, 1986; Cass., 18 luglio 1994, n. 6710, *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Mass. Giur. It.*, 2001; Cass., 26 maggio 2006, n. 12627, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

parte di soci privi del *minimum* azionario richiesto dagli articoli 2434 *bis* cod. civ. e 157 t.u.f.

In base infine alla necessità di coordinamento con l'art. 115 cod. proc. civ., che impone al giudice di porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, non sembra possa dubitarsi che la rilevabilità d'ufficio sia subordinata alla circostanza che la nullità emerga dai fatti già dedotti in giudizio dalle parti e risulti dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, essendo i poteri del giudice limitati al rilievo della nullità, senza poter prospettare questioni che presuppongano indagini per le quali manchino *ex actis* gli elementi necessari e senza poter esonerare la parte dall'onere probatorio gravante su di essa²⁷⁸.

²⁷⁸ Cass., 17 febbraio 2003, n. 2354, in *Impresa*, 2003, 1243; Cass., 28 gennaio 2004, n. 1552, in *Arch. Civ.*, 2004, 1319; Cass., 13 giugno 2007, n. 13846, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

Riflessioni conclusive.

La *ratio* del descritto sistema normativo sarebbe da ricercare nelle esigenze di rapidità e sicurezza caratterizzanti il diritto delle società, il cui rispetto ha imposto al legislatore un'attenta valutazione degli interessi coinvolti e soluzioni normative coerenti con riferimento all'ordinato svolgimento dell'attività societaria nonché alla conservazione e al potenziamento della dimensione economica dell'impresa e alle connesse esigenze imprenditoriali.

Nel garantire la stabilità delle decisioni ed il valore organizzativo di cui sono espressione, le ipotesi di invalidità sono state ampliate, venendo incontro ai bisogni della prassi e a talune istanze recepite dalla giurisprudenza, ma lo strumento dell'impugnativa è stato nel complesso depotenziato e la sua sfera di operatività sensibilmente ridotta.

Molteplici sono infatti i limiti e le condizioni previsti per l'eseribilità tanto dell'azione di annullamento quanto dell'azione di nullità, tra perentori termini di decadenza, indispensabile possesso di una partecipazione azionaria rilevante, sanatorie esplicite ed implicite, impossibilità di ottenere il provvedimento caducatorio dopo che la delibera sia stata iscritta nel registro delle imprese.

Tracciate così le linee di fondo del sistema, è possibile evidenziare come dalle scelte compiute nell'individuazione dei soggetti legittimati all'impugnativa delle delibere societarie emerga un quadro frammentato e disorganico in cui risulta difficile individuare un filo comune, che non sia la già ricordata esigenza di stabilità, e in cui sembra piuttosto predisposta una disciplina modellata caso per caso.

Il panorama comparatistico dimostra poi come a livello europeo esista la massima disarmonia in materia di impugnazione di delibere annullabili, la quale si coniuga spesso all'interno dei singoli paesi con il più grande disordine in tema di nullità in generale.

Ed infatti per il diritto tedesco (§245 *AktG*), austriaco (§196 *AktG*) e spagnolo (art. 206 *LSA*) un dato comune è rappresentato dalla legittimazione spettante ai soci che abbiano partecipato all'assemblea e che abbiano fatto verbalizzare il proprio

dissenso, mentre è diversamente configurata la legittimazione dei soci assenti, la quale è sempre riconosciuta dal diritto spagnolo e solo in alcuni casi dal diritto tedesco, mentre quello austriaco estende la legittimazione a tutti i soci solo in alcuni casi di particolare importanza.

Il requisito del possesso azionario minimo è, come visto, riconosciuto nel nostro ordinamento per l'impugnazione da parte dei soci di tutte le delibere assembleari annullabili ed invece circoscritto da quello austriaco all'impugnativa delle sole delibere di bilancio, mentre l'ordinamento spagnolo lo utilizza per delimitare la legittimazione all'impugnativa di delibere del consiglio di amministrazione.

Ed ancora, la legittimazione degli organi sociali, prevista nel nostro ordinamento ed in quelli tedesco ed austriaco, è invece configurata in quello spagnolo per l'impugnativa delle sole delibere nulle (cioè quelle contrarie alla legge, mentre annullabili sono in esso considerate quelle contrarie allo statuto o all'interesse sociale) ed in quello portoghese (art. 57 del *código das sociedades comerciais*) solo in caso di inerzia dei soci (l'*órgão de fiscalização* interviene infatti per la dichiarazione di nullità solo se entro due mesi dalla comunicazione della relativa causa non vi provvedano i soci).

Nel nostro ordinamento, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, se da un lato il legislatore è intervenuto a colmare degli spazi vuoti così rispondendo alle esigenze manifestate nella prassi (si pensi all'introduzione della disciplina dell'impugnazione delle delibere consiliari o a quella relativa alle decisioni dei soci di s.r.l.), da altro lato ha configurato la legittimazione all'impugnativa delle delibere societarie sulla base di criteri che variano a seconda del vizio fatto valere e del contesto in cui la stessa è adottata.

In primo luogo è stato infatti possibile rilevare come la disciplina relativa all'impugnativa delle delibere assembleari e delle decisioni dei soci di s.r.l., se da un lato limita la legittimazione a soci ed organi sociali, dall'altro la estende a chiunque vi abbia interesse.

Tale apertura non sembra però trovare ragione nell'esigenza di tutelare un interesse generale e segnalare il grave contrasto della delibera con principi e valori inderogabili dell'ordinamento giuridico o gravi deficienze strutturali dello stesso, essendo al contrario la legittimazione attribuita anche in relazione a vizi di particolare gravità attinenti al procedimento ed a vizi, quali la mancanza di convocazione, posti a tutela dell'interesse particolare del socio che ha diritto di essere convocato.

Permane quindi la contrapposizione tra legittimazione di soggetti determinati e chiunque vi abbia interesse, senza che ciò trovi giustificazione in un apprezzabile criterio, quale l'esigenza di tutelare un interesse particolare in un caso e generale nell'altro, e senza peraltro che analoga distinzione trovi corrispondenza nella disciplina in materia di delibere del consiglio di amministrazione.

Proprio in virtù di tale ultimo rilievo, per le delibere che possono essere adottate sia dall'organo assembleare che da quello amministrativo ed affette da un medesimo vizio, la legittimazione sarà in un caso estesa a chiunque vi abbia interesse e nell'altro caso circoscritta a soggetti individuati.

Lo stesso vizio inoltre, potrebbe essere impugnato da chiunque vi abbia interesse o da soggetti specificamente determinati anche se la delibera è adottata dal medesimo organo, l'assemblea, ma in contesti societari differenti.

Si pensi alle delibere per le quali si configuri la mancanza del verbale, le quali sono sottoposte al regime della nullità se approvate dall'assemblea di s.p.a. (articolo 2379, primo comma, cod. civ.) con conseguente legittimazione di chiunque vi abbia interesse nel termine di tre anni, e a quello dell'annullabilità se adottate dai soci di s.r.l. (articolo 2479 *ter*, primo comma, cod. civ.) e quindi impugnabili da parte dei soci che non vi hanno consentito, da ciascun amministratore e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro trascrizione nel libro delle decisioni dei soci.

Nel tentativo di ricostruire il sistema della legittimazione alle impugnative di delibere societarie presente nel nostro ordinamento ciò che ci si trova davanti è quindi paragonabile alle mille tessere di un imponente mosaico di cui, al di là della

più volte menzionata esigenza di stabilità (non sempre perseguita in modo coerente), è difficile scorgere l'armonia cromatica e le linee del disegno da comporre²⁷⁹.

²⁷⁹ La metafora è contenuta in PISANI MASSAMORMILE, "Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti.", in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, I, 55.

INDICE DELLE OPERE CITATE

- ABETE L., *Sub art. 2378 c.c.*, in SANDULLI M. – SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, 2003.
- ABRIANI N., "Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata", in *Società*, 3, 2003.
- ABRIANI N., "Il rilievo d'ufficio della nullità delle delibere assembleari: verso un superamento dei tradizionali limiti giurisprudenziali?", in *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, 1996, 979 ss.
- ABRIANI N., "L'assemblea", in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, 1.
- ABRIANI N. – MONTALENTI P., "L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni", in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, 1.
- ABRIANI N. – MONTALENTI P., in ABRIANI N. – AMBROSINI S. – CAGNASSO O. – MONTALENTI P. (a cura di), *Le società per azioni*, Padova, 2010.
- ALCALÀ DIAZ M. A., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Madrid, 1998.
- ALOE A., "Interesse sociale e interesse del socio: spunti per una ricostruzione in termini di interesse legittimo dell'interesse individuale del socio *uti socius*", in *Riv. Dir. Comm.*, 2000, II.
- AMBROSINI S., *Sub art. 2475 ter c.c.*, in NICCOLINI G. - STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004, III.
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.
- ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973.
- ANDRIOLI V., Nota a App. Roma, 12 dicembre 1933, *Foro it.*, 1934, I.
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.

- ANGELICI C., “Le azioni”, in COLOMBO G. E. – PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 3, 1, Torino, 1991.
- ANGELICI C., “Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società”, in *Giur. Comm.*, 1991, I.
- ANGELICI C., voce *Società per azioni*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLII.
- ANGELONI V., “La legittimazione del socio astenuto ad impugnare le deliberazioni sociali”, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957.
- ARANGUREN URRIZA F. J., “Los organos de la sociedad limitada”, in DE PALMA G. (dirigido), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1993.
- ASCARELLI T., “Interesse sociale e interesse comune nel voto”, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952.
- ASCARELLI T., *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 1937.
- ASCARELLI T., “L’art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I.
- ASCARELLI T., “Personalità giuridica e sua portata”, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959.
- ASCARELLI T., “Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società”, in *Banca borsa tit. cred.*, 1952, I.
- ASCARELLI T., “Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti”, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952.
- ASCARELLI T., “Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni”, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I.
- ASQUINI A., “I battelli del Reno”, in *Riv. Soc.*, 1959.
- ASQUINI A., “Usufrutto di quote sociali ed azioni”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1947, I.
- ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, in OLIVIERI G. – PRESTI G. – VELLA F. (a cura di), *Il diritto delle società*, Bologna, 2006.
- ATTARDI A., “Interesse ad agire”, in *Digesto Disc. Priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993.
- ATTARDI A., *L’interesse ad agire*, Padova, 1955.
- ATTARDI A., voce *Legittimazione ad agire*, in *Digesto disc. priv.*, X, Torino, 1993, 531.

- BAUMS T., *Empfiehl sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?, Gutachten F zum 63. Deutschen Juristentag* – Leipzig, München, 2000.
- BAUMS T. – DRINHAUSEN F. – KEINATH A., „Anfechtungsklagen und Freigabeverfahren. Eine empirische Studie”, *ZIP*, 48, 2011.
- BELTRAMI P., *La responsabilità per danni da fusione*, Torino, 2008.
- BELTRAMI P., “L’invalidità delle delibere del consiglio di sorveglianza”, in Aa. Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010.
- BERNABAI R., “Le impugnative di delibere assembleari e degli atti di amministrazione (I parte)”, in *Società*, 2, 2006.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA C. M., *Le autorità private*, Napoli, 1977, 4.
- BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.
- BONFANTE G., *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010.
- BONFANTE G., *Sub art. 2538 c.c.*, in COTTINO G. – BONFANTE G. – CAGNASSO O. – MONTALENTI P., (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- BRIOLINI F., “Pegno, usufrutto e sequestro di azioni”, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, I.
- BUONOCORE V., *Le situazioni soggettive dell’azionista*, Napoli, 1960.
- BUSSOLETTI M., *Sub art. 2434 bis c.c.*, in NICCOLINI G. – STAGNO D’ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004, II.
- CAGNASSO O., “Il recesso”, in ABRIANI N. – AMBROSINI S. – CAGNASSO O. – MONTALENTI P. (a cura di), *Le società per azioni*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, 2010.
- CAGNASSO O., “L’amministrazione collegiale e la delega”, in COLOMBO G. E. – PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 4, Torino, 1993.

- CALABRESI G. – MELAMED A. D., “Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral”, in *Harvard Law Review*, 1972.
- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1941, I.
- CALANDRA BUONAURO V., *Gestione dell’impresa e competenze dell’assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985.
- CALLEGARI M., *Sub art. 2437 bis*, in COTTINO G. – BONFANTE G. – CAGNASSO O. – MONTALENTI P., (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 1415.
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1992.
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, a cura di CAMPOBASSO M., 8° ed., Torino, 2012.
- CANDIAN A., *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Torino, 1942.
- CARNELUTTI F., “Eccesso di potere nelle deliberazioni di assemblea delle anonime”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1926, I.
- CARNEVALI C., “Limiti all’impugnazione delle delibere consiliari”, in *Società*, 1990, 8.
- CARRATTA A., *Sub art. 2378 cod. civ.*, in CHIARLONI S. (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 1142.
- CAVALLI G., “*Il collegio sindacale*”, in COLOMBO G. E. – PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. III, t. 2, Torino, 1993, 132.
- CHIAPPETTA F., *Sub art. 2377 c.c.*, in BIANCHI L. A. – GHEZZI F. – MARCHETTI P. – NOTARI M. (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2006.
- CHIOMENTI F., “Esiste un potere di impugnativa delle deliberazioni viziate di un consiglio di amministrazione di società di capitali fuori dall’ipotesi dell’art. 2391 cod. civ.?” in *Riv. Dir. Comm.*, 1983, II.
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.
- CIAN M., *La deliberazione negativa dell’assemblea nella società per azioni*, Torino, 2003.
- COLOMBO G. E., “L’invalidità dell’approvazione del bilancio dopo la riforma del 2003”, in *Riv. Soc.*, 2006.
- COLOMBO G. E., *Sub art. 157*, in CAMPOBASSO (diretto da), *Testo unico della finanza, Commentario*, II, Torino, 2003, 1302.

- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, le disposizioni generali*, Bologna, 1998.
- CONTE G., “Osservazioni sul nuovo regime di disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari”, in *Contr. e impr.*, 2003.
- CORSI F., “Il momento di operatività del recesso nelle società per azioni”, in *Giur. Comm.*, 2005, I.
- CORSI F., “La nuova s.p.a.: gli strumenti finanziari”, in *Giur. Comm.*, 4, 2003.
- CORSINI F., “Rilevabilità d’ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice”, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, 677.
- COSTA C., *Il rappresentante comune degli azionisti di risparmio nell’organizzazione della società per azioni*, Milano, 1984.
- COSTANTINO G., voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990.
- COTTINO G., *Diritto commerciale*, I, t. II, Padova, 1999.
- COTTINO G., *Società per azioni*, in *Novissimo Digesto*, XII, Torino, 1970.
- CUSA E., *Sub art. 2538 c.c.*, in PRESTI G. (a cura di), *Società cooperative*, in MARCHETTI P. – BIANCHI L. A. – GHEZZI F. – NOTARI M. (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2007.
- DACCÒ A., “L’invalidità delle decisioni degli amministratori nella s.r.l.”, in *Aa.Vv., Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010.
- D’ALESSANDRO F., “La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori”, in CIAN M. (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004 e anche in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2003.
- DARDES F., “Deliberazioni del consiglio di amministrazione, metodo collegiale e poteri del presidente”, in *Società*, 2008, 9.
- D’ATTORRE G., “Legittimazione del socio receduto all’azione di annullamento delle deliberazioni assembleari”, in *Giur. Comm.*, 3, 2012.
- DE ACUTIS M., “La terza direttiva C.E.E. in materia di società per azioni”, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II.

- DE FERRA G., “Contitolarità di quote e rappresentante comune”, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1964.
- DE GREGORIO A., *Corso di diritto commerciale – Imprenditori e società*, Milano, 1954.
- DELL’UTRI M., “Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (Riflessioni sulla nozione di interesse legittimo nel diritto privato)”, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, II.
- DE SANTIS F., “Le autorità di vigilanza e l’impugnazione delle delibere delle società vigilate: profili processuali”, in *Giur. Comm.*, 6, 2004, 1196.
- DIANA A., “Le misure conservative interinali”, in *Studi senesi*, XXVI, Torino, 1909.
- DI CATALDO V., “Il recesso del socio di società per azioni”, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, III.
- DIREGGER C., § 196, RDN. 56, in DORALT P. – NOWOTNY C. – KALSS S. (herausgegeben), *Kommentar Aktiengesetz*, II, Wien, 2003.
- DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2003.
- DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995.
- DOLMETTA A. A., “Parere dei componenti del collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università Cattolica di Milano”, in *Riv. Soc.*, 2002.
- DONATI A., *L’invalidità della deliberazione d’assemblea delle società anonime*, Milano, 1937.
- FAßBENDER K. J., „Das Freigabeverfahren nach §246a AktG – Offene Fragen und Gestaltungsmöglichkeiten“, *AG*, 23, 2006.
- FERRARA F. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1992.
- FERRARI M. P. , “Consiglio di amministrazione delibere consiliari e richiesta cautelare di sospensione il commento”, in *Società*, 1, 2011.
- FERRARIS C., “Approvazione del bilancio da parte dell’amministratore giudiziario e impugnazione di deliberazione negativa”, in *Giur. Comm.*, 2004, II.
- FERRARO P. P., “Le delibere del consiglio di amministrazione”, in *Società*, 1983.
- FERRI G., “Esercizio dei diritti sociali nella comunione di quote e assemblea di seconda convocazione nella s.r.l.”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, II.

- FERRI G., “Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali”, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005.
- FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da Vassalli, X, III, 1985.
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993.
- FERRO LUZZI P., *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all’atto costitutivo*, Milano, 1993.
- FISCHER K., in MÜLLER W. – HENSE B., *Beck’sches Handbuch der GmbH. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht*, München, 1999.
- FRÈ G., *Società per azioni*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1982.
- GALGANO F., “Delle persone giuridiche” (artt. 11 - 35), in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1969.
- GALGANO F., *Diritto commerciale, Le società*, Bologna, 2004.
- GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 1999.
- GALGANO F., “Le società per azioni”, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, VII, Padova, 1988.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1999.
- GALLETTI D., *Sub art. 2437 bis*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II.
- GARBAGNATI E., “Azione ed interesse”, in *Jus*, 1955.
- GENOVESE A., “Le fattispecie tipiche di invalidità”, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, II.
- GENOVESE A., *L’invalidità dell’atto di fusione*, Torino, 1997.
- GENOVESE F. A., “Questioni pratiche in tema di impugnativa delle deliberazioni dell’assemblea”, in *Dir. Prat. Comm.*, 1941, I.
- GENTILI A., “Le invalidità”, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato dei contratti*, II, Torino, 1999.
- GERMAIN M., “Les sociétés commerciales”, in RIPERT G. – ROBLOT R., *Traité de droit des affaires*, 2, Paris, 2011.

- GHIRGA M. F., *La meritevolezza della tutela richiesta, Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004.
- GIANNATTASIO C., "Legittimazione di comproprietari di azioni o di quote all'esercizio diretto dei diritti sociali a maggioranza nell'assemblea di seconda convocazione di una società a responsabilità limitata", in *Giur. Comm.*, 1964, I.
- GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1952.
- GRECO P., "Considerazioni generali sulla riforma delle società per azioni", in *Riv. soc.*, 1966.
- GRIPPO G., *Deliberazione e collegialità nelle società per azioni*, Milano, 1979.
- GRIPPO G., "L'assemblea nella società per azioni", in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 16, Torino, 1985.
- GUERRERA F., "Il verbale di assemblea", in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, II.
- GUERRERA F., *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, 2004, 208.
- GUERRIERI G., *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, 2009.
- GUERRIERI G., *Sub art. 2377 cod. civ.*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II.
- GUERRIERI G., *Sub art. 2388 cod. civ.*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II.
- GUERRIERI G., *Sub art. 2479 c.c.*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, 2062.
- GUYON Y., *Droit des affaires*, Paris, 2003, 1.
- HOFFMANN D., "Zur Nichtigkeit eines Hauptversammlungs – Beschlusses nach §241 Nr. 3,3. Alternative AktG", *AG*, 6, 1980.
- HOFFMANN – BECKING M., „Grenzlose Abwehrklagen für Aktionäre?“, *ZHR*, 2003.
- HUECK A., *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften*, Berlin – Leipzig, 1924.
- HÜFFER U., *Aktiengesetz*, München, 2004.

- HÜFFER U., *Beck'liche Kurz Kommentare*, Band 53, *Aktiengesetz*, München, 2004.
- HÜFFER U., *Sub §245, Aktiengesetz Beck'liche kurz Kommentare*, München, 2004.
- HÜFFER U., *Sub §246, Aktiengesetz, Beck'liche kurz Kommentare*, München, 2004.
- IANNICELLI L., *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Salerno, 2008.
- IERMANO G., “Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità”, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, IV.
- INGERI L. T., in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, Band 3, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, München, 1996.
- IRRERA M., “La patologia delle delibere consiliari nella riforma del diritto societario”, in *Giur. Comm.*, 2004, I.
- IRRERA M., *Le delibere del consiglio di amministrazione. Vizi e strumenti di tutela*. Milano, 2000.
- IRRERA M., *Sub art. 2388 c.c.*, in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2009.
- IUDICA G., “Comunione «condominio» e legittimazione all’impugnativa di delibere condominiali”, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1970.
- IUDICA G., *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973.
- JAEGER P., “Legittimazione ed interesse ad impugnare il bilancio”, in *Giur. Comm.*, 1975, II.
- JAEGER P., *L’interesse sociale*, Milano, 1964.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ G. J., *Derecho mercantil*, Barcelona, 2004.
- JUSTE MENCÍA J., *Los derechos de minoría en la sociedad anonima*, Elcano, 1995.
- KEUK – KNOBBE B., “Das Klagerecht des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft wegen gesetz und satzungswidriger Maßnahmen der Geschäftsführung“, in FLUME W. – RAISCH P. – STEINDORFF E. (herausgegeben), *Beiträge zum Zivil und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975*, Berlin, 1975.
- KOCH J., „Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht, (UMAG)“, *ZGR*, 2006, 6.

- KORT M., in KORT M. – HABERSACK M., in HOPT K. J. – WIEDEMANN H. (herausgegeben), *Aktiengesetz Großkommentar*, §76 - 83, Berlin – New York, 2003.
- KRIEGER G., „Aktionärsklage zur Kontrolle des Vorstands und Aufsichtsratshandelns“, *ZHR*, 1999.
- LA SALA G. P., *Sub Art. 2379 bis c.c.*, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. – CARIELLO V. – TOMBARI U. (a cura di), *Le fonti delle s.p.a.*, Milano, 2013.
- LE CANNU P., *Droit des sociétés*, Paris, 2003.
- LENER R., “Invalidità delle delibere assembleari di società per azioni”, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, I.
- LENER R., “L’assemblea nelle società di capitali”, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XVII, Torino, 2000.
- LENER R., *Sub art. 2377 c.c.*, in NICCOLINI G. - STAGNO D’ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004.
- LIBERTINI M., “Considerazioni introduttive”, in BRECCIA U. – BRUSCUGLIA L. – BUSNELLI D. (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell’interesse legittimo*, Torino, 2001.
- LIBERTINI M., “Tutela invalidativa e tutela risarcitoria nella disciplina delle deliberazioni assembleari di s.p.a.”, in GENOVESE A. (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2004.
- LIBONATI B., “Assemblea e patti parasociali”, in *Riv. Dir. Comm.*, 2002.
- LIBONATI B., “La quarta Consob”, in *Riv. soc.*, 1985.
- LIEBMAN E. T., in COLESANTI V. – MERLIN E. – RICCI E. F. (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2002.
- LOLLI A., *Sub art. 157*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Disciplina delle società con azioni quotate*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001.
- LOLLI A., *Sub art. 2434 bis c.c.*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, II.
- MAGLIULO F., *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004.
- MANCINI T., “Brevi considerazioni in tema di ammissibilità della categoria dell’interesse legittimo nel diritto privato”, in *Giust. Civ.*, 1966, IV.
- MARICONDA, “La Cassazione rilegge l’art. 1421 c.c.”, in *Corr. Giur.*, 2005, 957 ss.

- MEO G., "Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari", in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II.
- MERLE P., *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Paris, 2010.
- MERTENS H. J., "Der Aktionär als Wahrer des Rechts?", AG, 1990, 2.
- MESSINEO F., "Impugnativa di delibera di fusione e interesse di singoli soci", in *Riv. Soc.*, 1957.
- MESSINEO F., *Studi di Diritto delle Società*, Milano, 1950.
- MICHEL G. A., "Sentenza di annullamento di un atto giuridico e risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi", in *Riv. Dir. Proc.*, 1964.
- MIGNOLI A., "L'interesse sociale", in *Riv. Soc.*, 1958.
- MINEO A., "La legittimazione del socio astenuto all'impugnativa delle delibere assembleari invalide", in *Riv. Soc.*, 1964.
- MINERVINI G., "Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni", in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1955.
- MINERVINI G., "Sulla tutela dell'interesse sociale nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio", in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, I.
- MIRONE A., "Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedimentali", in ABBADESSA P. – PORTALE G. B., (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006.
- MODULO F., *Sub art. 2388 c.c.*, in SANDULLI M. – SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, 2003.
- MOSCO C., *Sub art. 2388 cod. civ.*, in NICCOLINI G. - STAGNO D'ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004.
- MOSSA L., "L'inefficacia della deliberazione dell'assemblea nelle società per azioni", in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1915.
- MUSCOLO G., "Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella s.p.a.: l'impugnazione", in *Società*, 2003.

- MUSCOLO G., “L’impugnazione delle deliberazioni assembleari di operazioni sul capitale, emissione di obbligazioni e approvazione del bilancio”, in *Società*, 7, 2003.
- NAZZICONE L., *Sub art. 2388 c.c.*, in LO CASCIO G. (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.
- NIGRO A., “Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario”, *Riv. Soc.*, 2004, 4.
- NOACK U., “Der Widerspruch des Aktionärs in der Hauptversammlung“, AG, 1989.
- NOACK U., *Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen*, Köln, 1989.
- NUZZO A., in NICCOLINI G. - STAGNO D’ALCONTRES A. (a cura di), *Società di capitali, Commentario*, Napoli, 2004.
- NUZZO G., “L’invalidità delle decisioni dell’organo amministrativo”, in DOLMETTA A. A. – PRESTI G. (a cura di), *S.r.l. Commentario*, Milano, 2011.
- OPPO G., “Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1957, I.
- OPPO G., “In tema di invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione delle società per azioni”, in *Riv. Soc.*, 1977.
- OPPO G., “La tutela dell’azionista nel progetto di riforma”, in *Riv. Soc.*, 1966.
- PADOA SCHIOPPA A., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.
- PAEFGEN W., *Unternehmerische Ermessen und Rechtsbindung der Organe in der AG*, Köln, 2002.
- PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998.
- PALMIERI G., “L’invalidità delle decisioni”, in IBBA C. – MARASÁ G. (a cura di), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, Napoli, 2008, IV.
- PAOLUCCI M. G., “Disciplina delle partecipazioni reciproche“, in *N. leggi civ.*, 2001, 61 ss.
- PARTESOTTI G., “Le operazioni sulle azioni”, in COLOMBO G. E. – PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 3, Torino, 1993.
- PAVONE LA ROSA A., “Diritto di voto e diritto di annullamento delle deliberazioni assembleari”, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1953.

- PAVONE LA ROSA A., “La riforma delle società per azioni: soppressa la categoria dei diritti individuali degli azionisti?”, in *La riforma delle società di capitali in Italia – Studi e dibattiti*, II, Milano, 1968.
- PATRIARCA C., “Le delibere consiliari viziate”, in *Annali dell’Università del Molise*, Napoli, 2005, 675 ss.
- PATRONI GRIFFI A., *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1979.
- PINTO V., *Funzione amministrativa e “diritti” degli azionisti*, Torino, 2008.
- PISANI MASSAMORMILE A., “Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti.”, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, I, 55.
- PISANI MASSAMORMILE A., “Invalidità delle delibere consiliari”, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II.
- POLO SÀNCHEZ E., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anonima*, Madrid, 1992.
- PORTALE G. B., “Impugnativa di bilancio ed exceptio doli”, in *Giur. Comm.*, 1982, I.
- PORTALE G. B., *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007.
- PREITE D., “Abuso di maggioranza e conflitto di interessi nel socio nelle società per azioni”, in COLOMBO G. E. – PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. III, t. 2, Torino, 1993.
- PRESTI G.– RESCIGNO P., “L’invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci”, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società – Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, 2003.
- PROTO PISANI A., “ Appunti sulla tutela c. d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali), in *Riv. Dir. Proc.*, 1991.
- PROTO PISANI A., *Sub art. 100 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973.
- QUADRI R., “Interesse ad agire, “legitimatio ad causam”, e giudizio di delibazione”, in *Riv. Proc. Civ.*, 1937, II.
- RACUGNO G., *La società cooperativa*, in BUONOCORE V. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 9.

- RAISER T., “Das Recht der Gesellschafterklagen“, *ZHR*, 1989.
- RAISER T. – VEIL R., *Recht der Kapitalgesellschaften*, München, 2006.
- RATHENAU W. “Vom Aktienwesen: eine geschäftliche Betrachtung”, in *Riv. Soc.*, 1960.
- REALI L., “La controversa applicabilità dei quorum di legittimazione di cui all’art. 2377 cod. civ. comma 3 alle impugnazioni delle delibere assembleari delle cooperative”, in *Dir. Fall.*, 2010, 5.
- RENZULLI M., “La legittimazione all’impugnazione delle deliberazioni assembleari nelle società cooperative”, in *Giur. Comm.*, 1, 2013.
- RESCIGNO P., “Gli interessi legittimi nel diritto privato”, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, Napoli, 1989.
- REVIGLIONE P. – RAINELLI P., *Sub art. 2479 ter c.c.*, in COTTINO G. – BONFANTE G. – CAGNASSO O. – MONTALENTI P. (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- RIMINI E., “L’invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione: un istituto in evoluzione”, in *Giur. comm.*, 1988, II.
- ROMANO PAVONI G., *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951.
- RORDORF R., “Deliberazioni invalide del consiglio di amministrazione”, in *Società*, 1987.
- RORDORF R., “Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma”, in *Società*, 7, 2003.
- RORDORF R., “Impugnativa del bilancio da parte del socio astenuto”, in *Società*, 1991.
- RORDORF R., “Impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari”, in *Società*, 1992.
- RORDORF R., “Impugnazione di atti societari da parte della Consob”, in *Giur. Comm.*, 1, 2002.
- RORDORF R., *Sub art. 2377 cod. civ.*, in D’ALESSANDRO F. (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, vol. II, t. 1, Padova, 2010.
- RORDORF R., *Sub art. 2378 c.c.*, in D’ALESSANDRO F. (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, II, 1, Padova, 2010.
- RUBINO D., *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952.

- SACCHI R., “La tutela obbligatoria degli azionisti nel nuovo art. 2377 “, in BENAZZO P. – PATRIARCA S. – PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, Milano, 2003.
- SACCHI R., “L’intervento e il voto nell’assemblea della s.p.a.”, in COLOMBO G. E. – PORTALE G. B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 3, 1, Torino, 1990.
- SACCHI R., “Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza”, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II.
- SACCHI R. – VICARI A., “Invalidità delle deliberazioni assembleari”, in CAGNASSO O. – PANZANI L. (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010.
- SACCO R., “Il contratto”, in SACCO R. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993.
- SALAFIA V., “L’invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria”, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II ed anche in *Società*, 9, 2003.
- SALAFIA V., “Rapporti interorganici nella s.p.a. e loro effetti sulla società”, in *Società*, 1984.
- SALANITRO N., *L’invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milano, 1965.
- SALANITRO N., *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, 2005.
- SANTAGATA C., “Fusione tra società”, in ROTONDI M. (a cura di), *Inchieste di diritto comparato. I grandi problemi delle società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padova, 1976.
- SANZO S., *Sub art. 2377 cod. civ.*, in COTTINO G. – BONFANTE G. – CAGNASSO O. – MONTALENTI P. (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- SANZO S., *Sub art. 2378 c.c.*, in COTTINO G. – BONFANTE G. – CAGNASSO O. – MONTALENTI P. (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- SASSANI B., *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983.
- SASSANI B., voce *Interesse ad agire*, in *Enc. Giuridica Treccani*, XVII, 1989, 11 ss.
- SATTA F., “La responsabilità per lesione di interessi legittimi”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, I.

- SCALA A., “Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378”, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, II.
- SCHLESINGER P., “Appunti in tema di invalidità di deliberazioni assembleari delle società azionarie dopo la riforma del 2003”, in *Riv. Dir. Civ.*, 5, 2011.
- SCHLESINGER P., “La nuova disciplina dell’invalidità delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a.”, in BALZARINI P. – CARCANO G. – VENTORUZZO M. (a cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007.
- SCHMIDT K., „Die Beschlu anfechtungsklage bei Vereinen und Personengesellschaft. Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht“, in LUTTER L. – MERTENS H. J. – ULMER P. (herausgegeben), *Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985*, Berlin – New York, 1985.
- SCHMIDT K., “Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (II)”, *AG*, 8, 1977.
- SCHMIDT K., *Gesellschaftsrecht*, Köln, 1986.
- SCHMIDT K., in *Scholz Kommentar zum GmbH – Gesetz*, Band II, Köln, 1988.
- SCHMIDT K., *Sub  245 in Großkommentar zum Aktiengesetz*, Berlin - New York, 1995.
- SCHMIDT K., *Sub  246, in Großkommentar zum Aktiengesetz*, Berlin - New York, 1995.
- SCHWAB M., *Sub  245 AktG*, in SCHMIDT K. - LUTTER L., *AktG Kommentar*, Köln, 2010.
- SCIALOJA A., “In tema di impugnabilità di deliberazioni dell’assemblea da parte dei soci assenzienti”, in *Foro it.*, 1931, I.
- SCIALOJA A., “L’opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle societ  anonime”, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1903.
- SCIALOJA A., “Sui limiti soggettivi dell’esercizio dell’impugnativa di deliberazioni sociali”, in *Foro it.*, 1911, I.
- SCOGNAMIGLIO G., “La responsabilit  civile della Consob”, in GALGANO F. – VISINTINI G. (a cura di), “Mercato finanziario e tutela del risparmio”, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, 43, Milano, 2006, 281 ss
- SCORZA G., “Gli amministratori di societ  per azioni di fronte alle delibere invalide dell’assemblea”, in *Riv. Soc.*, 1963, 510 s.

- SIMONETTI H., “Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali”, in *Nuova Giur. Comm.*, 2000, II.
- SOPRANO E., *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, I, Torino, 1934.
- SPAGNUOLO D., *Sub art. 2377 c.c.*, in SANDULLI M. – SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, 2003.
- SPIOTTA M., “L’amministrazione”, in COTTINO G. – BONFANTE G. – CAGNASSO O. – MONTALENTI P., *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2009.
- STAGNO D’ALCONTRES A., “L’invalidità delle deliberazioni dell’assemblea di s.p.a.: la nuova disciplina”, in ABBADESSA P. – PORTALE G. B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, II.
- TERRUSI F., *L’invalidità delle delibere assembleari della spa*, Milano, 2007.
- TRIMARCHI P., *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958.
- TRIMARCHI P., “Titolarità del diritto di impugnare le deliberazioni annullabili”, in *Riv. Soc.*, 1957.
- VASELLI M., *Deliberazioni nulle e annullabili*, Padova, 1947.
- VEIL R., “Klagemöglichkeiten bei Beschlussmängeln der Hauptversammlung nach dem UMAG“, *AG*, 15, 2005.
- VENTORUZZO M., *Sub art. 2388 c.c.*, in MARCHETTI P. – BIANCHI L. A. – GHEZZI F. – NOTARI M. (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2007.
- VENTORUZZO M., *Sub art. 2475 ter c.c.*, in MARCHETTI P. – BIANCHI L. A. – GHEZZI F. – NOTARI M. (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2007.
- VICARI A., *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004.
- VIDARI E., *Corso di diritto commerciale*, II, Milano, 1894.
- VIGHI A., *I diritti individuali degli azionisti*, Parma, 1902.
- VILLATA S., *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006.
- VIVANTE C., “L’art. 163 del codice di commercio e l’azione di annullamento data ai soci contro le deliberazioni illegali della maggioranza”, in *Foro it.*, 1896, I.
- VIVANTE C., *Le società commerciali*, 2, in *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1923.
- VIVANTE C., nota a Cass., 20 aprile 1896, in *Foro it.*, XXI, 1896.

VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1923.

WEIGMANN R., “Dalla s.p.a. alla società per carati”, in BENAZZO P. – PATRIARCA S. – PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003.

WEIGMANN R., “Luci ed ombre del nuovo diritto azionario”, in *Società*, 2003.

WEIGMANN R., *Rappresentanza e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.

WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.

ZANARONE G., “L’invalidità delle deliberazioni assembleari”, in COLOMBO – PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. III, t. 2, Torino, 1993.

ZÖLLNER W., „Die sogenannten Gesellschafterklagen in Kapitalgesellschaftsrecht“, *ZGR*, 1988.

ZÖLLNER W., *Sub § 245*, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 2009.

ZÖLLNER W., *Sub §246*, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 2009.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

GIURISPRUDENZA ITALIANA

CORTE COSTITUZIONALE

Corte Cost., 23 dicembre 1998, n. 420, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 355.

Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 394, in *Foro it.*, 2000, I, 353.

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. Torino, 28 giugno 1876, *Ann. Giur. It.*, 1876, I, 591.

Cass. Torino, 15 settembre 1880, in *Mon. Trib.*, 1880, 1042.

Cass. Torino, 4 aprile 1888, in *Giur. It.*, 1888, 466.

Cass. Roma, 20 aprile 1896, in *Foro it.*, 1896, I, 653.

Cass. Roma, 28 marzo 1903, in *Riv. Dir. comm.*, 1903, II, 193.

Cass. Torino, 8 luglio 1913, in *Foro it.*, 1913, I, 1464.

Cass. Roma, 21 luglio 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 865.

Cass. Roma, 19 gennaio 1922, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, 219 ed in *Giur. it.*, I, 1922, 178 ss.

Cass. Torino, 27 gennaio 1923, in *Giur. It.*, 1923, I, 440 ss.

Cass. Regno, 10 gennaio 1929, *Foro it.*, 1929, I, 569.

Cass. Civ., 10 luglio 1929, in *Giur. It.*, 1929, I, 1182.

Cass. Regno, 27 maggio 1930, in *Foro it.*, 1930, 738.

Cass. Civ., 8 giugno 1931, in *Foro it.*, 1931, I, 853.

Cass. Civ., 24 gennaio 1933, in *Foro it.*, 1933, I, 413.

Cass. Civ., 31 gennaio 1935, in *Giur.it.*, 1935, 891.

Cass. Civ., 23 giugno 1936, in *Foro it.*, 1936, I, 809 ss.

Cass. Civ., 13 agosto 1951, n. 2513, in *Giur. It.*, 1952, I, 1, 174.

Cass. Civ., 21 ottobre 1955, n. 3398, in *Giust. Civ.*, 1955, 1270.
 Cass. Civ., 20 giugno 1958, n. 2148, in *Foro it.*, 1959, I, 1159.
 Cass. Civ., 25 ottobre 1958, n. 3471, in *Foro it.*, 1959.
 Cass. Civ., 7 agosto 1959, n. 2489, in *Rep. foro it.*, 1959, 337.
 Cass. Civ., 1 ottobre 1960, n. 2542, in *Giur. It.*, 1961, I, 1, 420.
 Cass. Civ., 27 giugno 1961, n. 1553, in *Riv. Dir. Comm.*, 1961, II, 368.
 Cass. Civ., 4 marzo 1963, n. 511, in *Giur. Comm.*, 1963, I, 1035.
 Cass. Civ., 26 marzo 1964, n. 679, in *Giur. Comm.*, 1964, I, 929.
 Cass. Civ., 4 gennaio 1966, n. 45, in *Giur. Comm.*, 1966, I, 489.
 Cass. Civ., 27 gennaio 1967, n. 233, in *Giur. Comm.*, 1967, I, 471.
 Cass. Civ., 18 aprile 1970, n. 1127, in *Foro it.*, 1970, I, 1907, ed in *Foro pad.*, 1971, I, 742.
 Cass. Civ., 1 marzo 1973, n. 562, in *Giur. It.*, 1973, I, 729.
 Cass. Civ., 10 aprile 1973, n. 1016, in *Foro it.*, 1973, I, 2501.
 Cass. Civ., 9 agosto 1973, n. 2280, in *Foro it.*, 1973, I, 2975.
 Cass. Civ., 5 ottobre 1973, n. 2489, in *Giur. Comm.*, 1974, II, 271 ss.
 Cass. Civ., 16 luglio 1976, n. 2815, in *Foro it.*, 1977, I, 1280.
 Cass. Civ., 1 marzo 1977, n. 562, in *Giur. It.*, 1977, I, 1, 729.
 Cass. Civ., 2 agosto 1977, n. 3422, in *Giur. Comm.*, 1978, II, 24.
 Cass. Civ., 23 gennaio 1978, n. 297, in *Giur. Comm.*, 1979, II, 351.
 Cass. Civ., 8 ottobre 1979, n. 5197, in *Foro it.*, 1980, I, 1051.
 Cass. Civ., 17 marzo 1981, n. 1553, in *Mass. Giur. It.*, 1981.
 Cass. Civ., 8 ottobre 1981, n. 5294, in *Mass. Giur. It.*, 1981.
 Cass. Civ., 28 novembre 1981, n. 634, in *Giur. Comm.*, 1982, II, 424.
 Cass. Civ., 19 agosto 1983, n. 5404, in *Foro it.*, 1984, I, 2298.
 Cass. Civ., 27 febbraio 1985, n. 1699, in *Foro it.*, 1985, I, 2661.
 Cass. Civ., 15 marzo 1986, n. 1768, in *Società*, 1986, 850.
 Cass. Civ., 18 marzo 1986, n. 1839, in *Società*, 1986, 722 ed in *Foro it.*, 1987, I, 1232.
 Cass. Civ., 12 dicembre 1986, n. 7402, in *Mass. Giur. It.*, 1986.

Cass. Civ., 13 gennaio 1987, n. 133, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 1764.
 Cass. Civ., 13 gennaio 1988, n. 181, in *Nuova giur. comm.*, 1988, I, 635.
 Cass. Civ., 11 marzo 1988, n. 2398, in *Foro it.*, 1989, I, 1936.
 Cass. Civ., 21 maggio 1988, n. 3544, in *Società*, 1988, 10, 1017.
 Cass. Civ., 8 giugno 1988, n. 3881, in *Giur. It.*, 1990, I, 1, 1626.
 Cass. Civ., 13 aprile 1989, n. 1788, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1110.
 Cass. Civ., 24 gennaio 1990, in *Società*, 1990, 6, 750.
 Cass. Civ., 4 aprile 1990, n. 2794, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 834.
 Cass. Civ., 4 dicembre 1990, n. 11601, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 1408.
 Cass. Civ., 14 marzo 1992, n. 3132, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 3070 ed in *Giur. It.*, 1993, I, 108.
 Cass. Civ., 14 gennaio 1993, n. 403, in *Società*, 1993, 484.
 Cass. Civ., 11 marzo 1993, n. 2958, in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, II, 311 s.
 Cass. Civ., 23 marzo 1993, n. 3458, *Giur. Comm.*, 1994, II, 372.
 Cass. Civ., 28 maggio 1993, n. 5959, in *Società*, 1993, 1475.
 Cass. Civ., 18 luglio 1994, n. 6710, *Mass. Giur. It.*, 1994.
 Cass. Civ., 22 luglio 1994, n. 6824, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 440.
 Cass. Civ., 15 marzo 1995, n. 2968, in *Società*, 1995, 9, 1173.
 Cass. Civ., 30 marzo 1995, n. 3774, in *Società*, 1995.
 Cass. Civ., 28 marzo 1996, n. 2850, in *Giur. Comm.*, 1998, 2, 343.
 Cass. Civ., 21 novembre 1996, n. 10279, in *Mass. Giust. Civ.*, 1996, 1562.
 Cass. Civ., 4 dicembre 1996, n. 10814, in *Società*, 1997, 4, 410.
 Cass. Civ., 20 giugno 1997, n. 5542, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 2741.
 Cass. Civ., 26 novembre 1998, n. 12012, in *Giur. It.*, 1999, 1436.
 Cass. Civ., 10 marzo 1999, n. 2053, in *Società*, 1999, 947.
 Cass. Civ., 18 gennaio 2000, n. 489, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000, 77.
 Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2000, n. 27, in *Società*, 2000, 5, 551.
 Cass. Civ., 23 settembre 2000, n. 12644, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

Cass. Civ., 11 dicembre 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 3274 ss.
 Cass. Civ., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Mass. Giur. It.*, 2001.
 Cass. Civ., 22 agosto 2001, n. 11186, in *Foro it.*, 2002, I, 1483.
 Cass. Civ., 7 marzo 2002, 3345, in *Foro it.*, 2002, 1, 1702.
 Cass. Civ., 18 aprile 2002, n. 5626, in *Mass. Giur. It.*, 2002.
 Cass. Civ., 14 gennaio 2003, n. 435, in *Mass. Giur. It.*, 2003.
 Cass. Civ., 22 gennaio 2003, n. 928, in *Dir. Prat. Soc.*, 2003, 8, 56.
 Cass. Civ., 17 febbraio 2003, n. 2354, in *Impresa*, 2003, 1243.
 Cass. Civ., 21 febbraio 2003, n. 2637, in *Foro it.*, 2003, I, 2768 ed in *Dir. Prat, soc.*,
 2003, 9, 70 ss.
 Cass. Civ., 25 marzo 2003, n. 4372, in *Foro it.*, 2003, I, 2741.
 Cass. Civ., 5 giugno 2003, n. 8992, in *Foro it.*, 2003, I, 3007.
 Cass. Civ., 28 gennaio 2004, n. 1552, in *Arch. Civ.*, 2004, 1319.
 Cass. Civ., 10 settembre 2004, n. 18210, in *Mass. Giur. It.*, 2004.
 Cass. Civ., 20 ottobre 2004, n. 20548, in *Giur. It.*, 2005, 1609.
 Cass., Sez. Un., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Contratti*, 2005, 6, 565.
 Cass. Civ., 14 dicembre 2004, n. 23292, in *Contratti*, 2005, 7, 669.
 Cass. Civ., 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. It.*, 2005, 1637 ss.
 Cass. Civ., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Corr. Giur.*, 2005, 957 ss.
 Cass. Civ., 13 aprile 2005, n. 7663, in *Società*, 2005, 983 ss.
 Cass. Civ., 18 giugno 2005, n. 13169, in *Corr. Giur.*, 2006, 4, 541.
 Cass. Civ., 27 giugno 2005, n. 13732, in *Guida al diritto*, 2005, 31, 51.
 Cass. Civ., 9 luglio 2005, n. 14467, in *Mass. Giur. It.*, 2005.
 Cass. Civ., 27 luglio 2005, n. 15721, in *Mass. Giur. It.*, 2005.
 Cass. Civ., 29 settembre 2005, n. 19097, in *Società*, 2005, 1517.
 Cass. Civ., 14 ottobre 2005, n. 19903, in *Contratti*, 2006, 5, 480.
 Cass. Civ., 11 novembre 2005, n. 21858, in *Società*, 2006, 1, 27.
 Cass. Civ., 23 novembre 2005, n. 24591, in *Notariato*, 2006, 3, 252.
 Cass. Civ., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Impresa*, 2006, 3, 482.

Cass. Civ., 7 marzo 2006, n. 4874, in *Società*, 2007, 6, 703.
 Cass. Civ., 26 maggio 2006, n. 12627, in *Mass. Giur. It.*, 2006.
 Cass. Civ., 2 maggio 2007, n. 10139, in *Contratti*, 2008, 118 ss. ed in *Società*, 2008, 1, 53.
 Cass. Civ., 13 giugno 2007, n. 13846, in *Mass. Giur. It.*, 2007.
 Cass. Civ., 18 luglio 2007, n. 15962, in *Mass. Giur. It.*, 2007.
 Cass. Civ., 20 luglio 2007, n. 16159, in *Società*, 2008, 12, 1483.
 Cass. Civ., 24 luglio 2007, n. 16390, in *Società*, 2008, 44.
 Cass. Civ., 7 novembre 2008, n. 26842, in *Giur. Comm.*, 2010, II, 256 ss.
 Cass. Civ., 12 aprile 2013, n. 8934, in *CED Cassazione*, 2013.
 Cass. Civ., 11 marzo 2014, n. 5581, in *Lavoro nella giur.*, 2014, 6, 603.

CORTI DI APPELLO

App. Roma, 21 gennaio 1874, *Legge*, 1874, I, 375.
 App. Roma, 14 giugno 1895, in *Temi rom.*, 1896, 33.
 App. Roma, 14 dicembre 1895, in *Temi gen.*, 1896, 381.
 App. Perugia, 28 dicembre 1896, in *Foro it.*, 1897, I, 245.
 App. Milano, 8 marzo 1911, in *Foro it.*, 1911, 698.
 App. Torino, 21 gennaio 1914, in *Foro it.*, 1914, I, 702 ss.
 App. Milano, 22 giugno 1929, *Riv. Dir. Comm.*, 1926, II, 155.
 App. Milano, 24 maggio 1930, in *Foro it.*, 1930, I, 1299.
 App. Brescia, 22 giugno 1933, in *Corti reg.*, 1934, 107.
 App. Bologna, 6 aprile 1934, in *Giur. It.*, 1934, I, 2, 330.
 App. Roma, 8 febbraio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, 563.
 App. Milano, 23 giugno 1936, in *Foro it.*, 1937, 138.
 App. Bologna, 1 aprile 1937, in *Temi emil.*, 1937, 214.
 App. Firenze, 6 maggio 1953, in *Giur. Tosc.*, 1953, 262.
 App. Milano, 10 novembre 1953, in *Dir. Fall.*, 1953, II, 710 ss.

App. Milano, 23 marzo 1954, in *Foro it.*, 1954, I, 815.

App. Milano, 1 giugno 1956, in *Giur. It.*, 1954, I, 2, 457.

App. Milano, 20 giugno 1973, in *Giur. It.*, 1974, I, 2, 648.

App. Milano, 7 maggio 1976, in *Riv. Dir. Comm.*, 1976, II, 171.

App. Milano, 27 settembre 1983, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 1273.

App. Milano, 26 giugno 1987, in *Società*, 1987, 1040.

App. Milano, 25 settembre 1987, in *Società*, 1988, 2, 161.

App. Milano, 3 novembre 1987, in *Giur.it.*, 1988, I, 2, 815.

App. Milano, 13 settembre 1988, in *Giur. It.*, 1990, I, 1, 1629.

App. Catania, 5 aprile 1990, in *Dir. Fall.*, 1990, II, 1123.

App. Milano, 29 marzo 1991, in *Giur. It.*, 1991, I, 2, 794 ss.

App. Milano, 31 maggio 1991, in *Società*, 1991, 1654.

App. Milano, 11 agosto 2000, in *Giur. It.*, 2001, 1906.

App. Milano, 31 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2003, II, 1178.

App. Milano, 23 maggio 2003, in *Giur. It.*, 2003, 1637.

App. Salerno, 30 dicembre 2003, in *Corti salernitane*, 2004, 380.

App. Milano, 10 ottobre 2006, in *Corr. Merito*, 2007, 3, 301.

App. Milano, 21 aprile 2007, in *Società*, 2008, 1122.

TRIBUNALI

Trib. Roma, 25 giugno 1878, *Foro it.*, 1878, I, 638.

Trib. Roma, 28 aprile 1933, in *Foro it.*, 1933, I, 1365.

Trib. Roma, 15 ottobre 1934, in *Foro it.*, 1934, I, 1909.

Trib. Milano, 29 marzo 1951, in *Foro it.*, 1951, I, 1559.

Trib. Firenze, 20 febbraio 1958, in *Giur. Toscana*, 1958, 633 ss.

Trib. Milano, 22 settembre 1977 n. 5845 e 5846 in *Giur. Comm.*, 1978, II, 688 ss.

Trib. Milano, 27 aprile 1978, in *Giur. Comm.*, 1978, II, 688 ss.

Trib. Milano, 5 maggio 1980, in *Giur. Comm.*, 1980, II, 938.

Trib. Milano, 7 settembre 1981, in *Giur. Comm.*, 1982, II, 502.

Trib. Catania, 27 febbraio 1982, in *Giur. Comm.*, 1983, II, 779.

Trib. Roma, 18 marzo 1982, in *Foro it.*, 1982, I, 2050 ss.

Trib. Roma, 18 marzo 1982, in *Giur. Comm.*, 1983, II, 592.

Trib. Milano, 13 gennaio 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 1068.

Trib. Napoli, 14 giugno 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 1389.

Trib. Milano, 30 giugno 1983, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1985, II, 517.

Trib. Milano, 26 settembre 1983, in *Società*, 1984, 785.

Trib. Milano, 22 marzo 1984, in *Nuova giur. comm.*, 1985, I, 190.

Trib. Milano, 3 dicembre 1984, in *Società*, 1985, 409.

Trib. Milano, 5 dicembre 1985, in *Giur. It.*, 1986, I, 2, 764.

Trib. Messina, 28 dicembre 1985, in *Foro it.*, 1987, I, 602.

Trib. Milano, 26 gennaio 1987, in *Società*, 1987, 709.

Trib. Milano, 2 febbraio 1987, in *Società*, 1987, 7, 719 ss.

Trib. Torino, 27 luglio 1987, in *Società*, 1988, 42.

Trib. Milano, 5 novembre 1987, in *Società*, 1988, 3, 266.

Trib. Milano, 8 febbraio 1988, in *Società*, 1988, 707.

Trib. Milano, 23 giugno 1988, in *Società*, 1988, 1159.

Trib. Napoli, 7 luglio 1988, in *Giur. Comm.*, 1990, II, 355.

Trib. Milano, 3 luglio 1989, in *Società*, 1990, 26.

Trib. Milano, 11 settembre 1989, in *Giur. Merito*, 1990, 960.

Trib. Milano, 23 ottobre 1989, in *Società*, 1990, 611.

Trib. Udine, 12 febbraio 1990, in *Giur. Comm.*, 1991, II, 990.

Trib. Roma, 5 aprile 1990, in *Riv. Dir. Comm.*, 1991, II, 229.

Trib. Genova, 18 marzo 1991, in *Società*, 1991, 1384.

Trib. Lecce, 2 maggio 1991, in *Società*, 1, 1992, 63.

Trib. Casale Monferrato, 19 luglio 1991, in *Società*, 1992, 91.

Trib. Milano, 30 gennaio 1992, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 1996.

Trib. Vallo della Lucania, 6 novembre 1992, in *Società*, 1993, 360.

Trib. Orvieto, 18 febbraio 1994, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, II, 411.

Trib. Torino, 16 maggio 1995, in *Giur. It.*, 1996, I, 2, 118.

Trib. Aosta, 19 settembre 1995, in *Società*, 1996, 201.

Trib. Piacenza, 19 ottobre 1995, in *Società*, 1996, 451.

Trib. Napoli, 10 novembre 1997, in *Società*, 1998, 447.

Trib. Bologna, 2 giugno 1999, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 1024.

Trib. Milano, 16 luglio 1999, in *Giur. It.*, 2000, 1886.

Trib. Torino, 28 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 117.

Trib. Spoleto, 6 marzo 2000, in *Società*, 2000, 7, 852.

Trib. Napoli, 13 aprile 2000, in *Società*, 2000, 1114.

Trib. Monza, 10 luglio 2000, in *Giur. Comm.*, II, 2002, 410.

Trib. Milano, 2 novembre 2000, in *Società*, 2001, 452.

Trib. Milano, 6 novembre 2000, in *Giur. It.*, 2001, 764.

Trib. Como, 8 febbraio 2001, in *Giur. It.*, 2001, 2105.

Trib. Palermo, 18 maggio 2001, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 1944.

Trib. Ancona, 18 gennaio 2002, in *Società*, 2002, 464.

Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002, in *Giur. It.*, 2003, 953.

Trib. Milano, 11 dicembre 2003, in *Giur. It.*, 2004, 569.

Trib. Milano, 17 gennaio 2004, *Giur. It.*, 2004, 569.

Trib. Napoli, 5 aprile 2004, in *Società*, 2004, 1418.

Trib. Verona, 1 settembre 2004, in *Giur. Merito*, 2006, 124 s.

Trib. Terni, 15 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 168 ss.

Trib. Arezzo, 16 novembre 2004, in *Corr. Merito*, 2005, 279.

Trib. Roma, 11 maggio 2005, in *Società*, 2006, 54.

Trib. Genova, 2 novembre 2005, in *Società*, 2006, 619.

Trib. Milano, 8 febbraio 2006, in *Società*, 2007, 1411.

Trib. Salerno, 6 dicembre 2006, in *Società*, 2007, 11, 1378.

Trib. Varese, 12 dicembre 2006, in *Il merito*, 2007, 6, 21.

Trib. Ferrara, 22 dicembre 2006, in *Rds*, 2008, 598.

Trib. Salerno, 16 febbraio 2007, in *Società*, 2007, 6, 719.

Trib. Campobasso, 31 ottobre 2007, in *Società*, 2008, 1138 ss.

Trib. Pavia, 5 agosto 2008, in *Giur. Comm.*, 2009, II, 1220.
Trib. Salerno, 28 ottobre 2008, in *Dir. Fall.*, 2010, 5, 447 ss.
Trib. Milano, 27 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, 9, 1, 2545.
Trib. Milano, 19 febbraio 2009, in *Società*, 10, 2009, 1269 s.
Trib. Lodi, 13 marzo 2009, in *Corr. Mer.*, 2009, 745 s.
Trib. Milano, 24 maggio 2010, in *Società*, 2010, 8, 1026.
Trib. Napoli, 14 gennaio 2011, in *Giur. Comm.*, 3, 2012, 702.
Trib. Tivoli, 19 gennaio 2011, in *Società*, 2011, 475.
Trib. Vallo della Lucania, 23 marzo 2012, in *Giur. Comm.*, 1, 2013.
Trib. Verona, 20 aprile 2012, in www.ilcaso.it.
Trib. Milano, 28 luglio 2012, in *Giur. It.*, 2013, 115 ss.

CONSIGLIO DI STATO

Cons. Stato, 13 marzo 2014, n. 1243, inedita.
Cons. Stato, 2 aprile 2014, n. 1572, in *Giur. It.*, 2014, 8 - 9, 2006.

GIURISPRUDENZA TEDESCA

BUNDESGERICHTSHOF

BGH, 17 settembre 1964, *WM*, 1964, 1188.
BGH, 25 febbraio 1965, *BGHZ*, Band 43, 1965, 261.
BGH, 17 gennaio 1966, *WM*, 1966, 446
BGH, 25 febbraio 1982, *AG*, 1982, 158.

OBERLANDESGERICHT

OLG Frankfurt am main, 6 gennaio 1976, 5 U 110/74, *GmbH – Rundschau*, 1976, 110.

OLG Düsseldorf, 31 agosto 2000, *DB*, 2000, 2210.

OLG Düsseldorf, 18 luglio 2002.

OLG Frankfurt am M., 4 febbraio 2003, *AG*, 2003, 276.

LANDGERICHT

LG Düsseldorf, 14 dicembre 1999, *WM*, 2000, 528.

LG Duisburg, 29 maggio 2002, *NZG*, 643.

LG Berlin, 5 novembre 2002.

INDICE DEI DOCUMENTI

COMMISSIONE MINISTERIALE PER LA RIFORMA DELLA LEGISLAZIONE COMMERCIALE
PRESIEDUTA DAL PROF. CESARE VIVANTE, *Progetto preliminare per il nuovo codice di
commercio*, Milano, 1922.

COMMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI, sottocommissione B, *Progetto per il
Codice di Commercio*, Roma, 1925, I, 83 ss., art. 215.

LAVORI PREPARATORI DEL CODICE DI COMMERCIO DEL REGNO D'ITALIA, vol. I, parte I,
Roma, 1883.

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Commissione ministeriale per la revisione del codice di
commercio, Verbalì della sottocommissione per lo studio della legislazione delle società
commerciali (1905 – 1906)*, Roma, 1908, 75 ss.

SCHEMA DI DISEGNO DI LEGGE CONCERNENTE LA RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELLE
SOCIETÀ COMMERCIALI, in *Riv. Soc.*, 1966, 93 ss.

SCHEMA DI DISEGNO DI LEGGE DELEGA PER LA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO, in *Giur.
Comm.*, 2000, I, 316 ss.